Der Zwangsvertrag.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät bei der Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Hans Blumenthal,
Referendar in Berlin.

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Göttingen.

Berlin 1925.
Gerhard Pincus, Charlottenburg, Kantstr. 48.

Berichterstatter: Geheimrat Prof. Dr. Oertmann.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern.

Disposition.

I. Einleitung: Vertragsfreiheit und Vertragszwang 10
II. Der Zwangstarifvertrag nach der Schlichtungsverordnung vom 30. 10. 23 13
1. Allgemeine Uebersicht 15
2. Die normativen Bestimmungen 18
3. Bestimmungen schuldrechtlicher Natur 23
4. Die Verbindlicherklärung nach Art. I, § 6 SV. . . 27
III. Die Einstellungs- und die Einwirkungspflicht im Zwangstarifvertrag 30
IV. Die Wirkung der allgemeinen Verbindlicherklärung auf Zwangstarife 37
V. Zwangstarifvertrag und Zwangseinzelvertrag 39
VI. Die Einstellungspflicht 47
1. als schuldrechtlicher Bestandteil des Tarifvertrages 48
a) Vertrag zugunsten Dritter 48
b) Vertrag zu Lasten Dritter 50
c) Verstoß gegen § 826 BGB.? 53
2. als Tarifnorm 54
a) Das subjektive Recht des Begünstigten . . . 54
b) Die Wege für die Durchsetzung des subjektiven Rechtes 58
VII. Der privatrechtliche Charakter des Zwangsvertrages . . 65
1. Die Bedeutung des Schiedsspruches für Einzel-Streitigkeiten nach früherem Recht 65
2. Der Schiedsspruch in Gesamtstreitigkeiten 67
3. Die Durchsetzung des Einzelzwangsvertrages . . 68
4. Die Durchsetzung des Zwangstarifvertrages . . . 70
5. Die Verwirklichung eines im Zwangstarif enthaltenen Kontrahierungszwanges nach heutigem Recht . 73
VIII. Die Grenzen des Zwanges 77
1. Vor Abschluß des Zwangsvertrages 77
2. Nach Abschluß des Zwangsvertrages 81

Literatur.

Denecke: „Einfluß von Streiks und Aussperrungen auf den Arbeitsvertrag", in Schlichtungswesen 23 S. 205 ff.

Dersch: Rechtskraft und Abänderlichkeit von Staatsakten der Schlichtungsbehörden, in NZfAR. 1923 Sp. 273 ff., 359 ff. und 409 ff.

Enneccerus: Allgemeiner Teil, 1921.

Flatow: Die Grundzüge des Schlichtungswesens, 1923.

Flatow u. Joachim: Die Schlichtungsordnung, 1924.

Fleiner: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 1919.

Fürst: Schuldverhältnisse aus einseitigen Rechtsgeschäften, in LZ. 1910 S. 177 ff.

Goldbaum: VO. über das Schlichtungswesen vom 30. 10. 23, 1923.

Grundzüge der VO. über das Schlichtungswesen, in RABl. 23 S. 738 f.

Hedemann: Das bürgerliche Recht und die neue Zeit, 1919.

Hoeniger: Die Stellung des unparteiischen Vorsitzenden im Entwurf der Schlichtungsordnung, in NZfAR. 23 Sp. 1 ff., Sp. 99 ff.

Hueck: Das Arbeitsvertragsrecht (Handb. d. Arbeitsrechts, Buch II) 1922.

Hueck: Das Tarifrecht (Handb. d. Arbeitsrechts, Buch III) 1922.

Hueck: Normenverträge, in JherJhb. 73 S. 33 ff.

Hueck: Das Recht des Tarifvertrages, 1920.

Hueck: Neue Tarifrechtsfragen, in DJZ. 1920 Sp. 872 ff.

Hueck: Erstreckt sich die Verbindlicherklärung nicht nur auf den normativen, sondern auch auf den schuldrechtlichen Inhalt des Schiedsspruches? in AR. 24 Sp. 435 ff.

Hueck: Zur Frage der Zwangstarife, in G.K.G. 26 Sp. 265 ff.

Jadesohn: Das gesamte Arbeitsrecht Deutschlands (2 Bände), 1923/24.

Kaskel: Das neue Arbeitsrecht, 4. Aufl. 1922.

Kaskel: „Arbeitsrecht", in Encyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Bd. 31, 1925.

Kaskel: Zur Lehre vom Tarifbruch (Sonderabdruck aus NZfAR.).

Kaskel: Neuerungen im Arbeitsrecht (Berlin, R. Hobbing) 1924.

Katz: Lücken im Arbeitsvertrag (Abhandlungen zum Arbeitsrecht 2) 1922.

Kullmann: Zwangstarifverträge in GKG. 26 Sp. 262.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, 1902 u. 1908.
Meissinger: Zwangstarifverträge, in GKG. 26 Sp. 227 ff.
Molitor: Die Rechtsnatur der Arbeitsordnung und der Tarifbestimmungen, in „Arbeitsrecht“ 1923 Sp. 321 ff.
Molitor: Zur Theorie des Vertragszwanges, in JherJhb. 73 S. 1 ff.
Molitor: Die unmittelbare Wirkung der Tarifverträge, in NZfAR. 23 Sp. 41 ff.
Molitor: Weiteres zur Rechtsnatur des Tarifvertrages, in „Arbeitsrecht“ 1924 Sp. 169 ff.
Müller-Erzbach: Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt in JherJhb. 53 S. 358 ff.
Nikisch: Um den Tarifzwang, in „Arbeitsrecht“ 1924 Sp. 185 ff.
Nipperdey: Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920.
Nipperdey: Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung 1921.
Nipperdey: Der Schiedsspruch auf Wiedereinstellung entlassener Arbeitnehmer, in „Arbeitsrecht“ 1924 Sp. 553 ff.
Nipperdey: Beiträge zum Tarifrecht, 1924.
Oertmann: Zur Lehre vom Tarifvertrag, in Zt. f. Sozialwissenschaft, Bd. X S. 1 ff.
Oertmann: Abänderung von für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen, in GKG. 24 Sp. 233 ff.
Oertmann: Deutsches Arbeitsvertragsrecht, 1923.
Oertmann: Die Geschäftsgrundlage und ihr Wegfall im Arbeitsrechte, in „Arbeitsrecht“ 1924 Sp. 153 ff.
Pick u. Weigert: Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten nach der VO. über das Schlichtungswesen, 1924.
Potthoff: Begriff und Inhalt des Tarifvertrages, in „Arbeitsrecht“ 1920 Sp. 129 ff.
Potthoff: Gerichtsverfahren für Gesamtstreitigkeiten in AR. 23 Sp. 129 ff.
Potthoff: Tarifbruch durch Verbandsmitglieder, in „Arbeitsrecht“ 1923 Sp. 193.
Raape: „Gebrauchs- und Besitzüberlassung“, in JherJhb. 71 S. 97 ff.
Riezler: Venire contra factum proprium, 1912.
Schall: „Das Privatrecht der Arbeitstarifverträge“, in JherJhb. 52 S. 1 ff.
Servaes: Die Verbindlichkeit der Schiedssprüche im neuen Deutschen Arbeitsrecht, Greifswalder Diss. 1922.
Sinzheimer: Der korporative Arbeitsnormenvertrag, 2 Bände 1907/08.
Sinzheimer: Ein Arbeitstarifgesetz, 1916.

Sitzler: Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten, 2. Aufl. 1923.
Sitzler-Gassner: Die VO. über das Schlichtungswesen vom 30. 10. 23 (Das neue Arbeitsrecht 4) 1923.
Stampe: „Aus einem Freirechtslehrbuch", in Arch. f. ziv. Pr. Bd. 108 S. 42 ff.
Syrup-Billerbeck: Einstellung und Entlassung von Arbeitern und Angestellten, 3. Aufl. 1920.
v. Tuhr: Allgemeiner Teil 1910.
Vanselow: Einzelarbeitsvertrag und Tarifvertrag, in NZfAR. 24 Sp. 332.
Wölbing-Riese: Die VO. über das Schlichtungswesen vom 30. 10. 23, 1924.

Zeitschriften und Sammelwerke.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Arbeitsrecht: Jahrbuch für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten, Verlag I. Hess, Stuttgart.
Gewerbe- und Kaufmanns-Gericht: Monatsschrift, Verlag H. Lehmann, Dresden.
Mitteilungen der Schlichtungs-Ausschüsse in Württemberg. Seit Januar 1921 unter dem Titel:
Das Schlichtungswesen, Stuttgart.
Mitteilungsblatt des Schlichtungsausschusses Groß-Berlin.
Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Verlag I Bensheimer.
Reichsarbeitsblatt: Amtsblatt des Reichsarbeitsministeriums und des Reichsamts für Arbeitsvermittlung, herausg. v. Reichsamt für Arbeitsvermittlung, Verlag Reimar Hobbing, Berlin.
Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
Juristische Wochenschrift.
Deutsche Juristenzeitung.

I.

Die Grundsätze des Privatrechts, auf denen sich unser deutsches Wirtschaftsleben vor dem Kriege aufbaute, haben sich auch nach der Revolution vom Jahre 1918 in ihren wesentlichen Zügen nicht geändert. Eigentum und Erbrecht, die ja stets als die beiden Eckpfeiler einer individualistisch eingestellten Wirtschaftsordnung gegolten haben, werden noch heute nach der Reichsverfassung vom 11. Aug. 1919 grundsätzlich garantiert.[1])

Aber auch die Vertragsfreiheit[2]) ist einer von den Grundsätzen, der stets zu den charakteristischen Bestimmungen einer vom Wirtschaftsleben des Einzelnen ausgehenden Rechtsordnung gehören wird. Was bedeutet jedoch „Vertragsfreiheit"?

Das Wort kann (nach Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag) in doppeltem Sinne verstanden werden. Es bedeutet:

1. daß es jedem Menschen überlassen bleiben muß, ob er überhaupt[3]) und mit wem er einen Vertrag schließen will. Dies ist die sog. Abschlußfreiheit[4]);
2. daß, wenn er einen Vertrag abschließt, er auch das, was der Vertrag enthalten soll, also den Inhalt des

---

[1]) RV. Art. 153: „Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen" und RV. Art. 154: „Das Erbrecht wird nach Maßgabe des bürgerlichen Rechtes gewährleistet".

[2]) RV. Art. 152: „Im Wirtschaftsleben gilt Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze".

[3]) Nipperdey, Kontrahierungszwang S. 5 Anm. 1: „Die Kontrahenten können den Vertragsschluß auch unterlassen. Die Freiheit des Unterlassens ist hier noch selbstverständlicher als die Freiheit des Tuns".

[4]) Nipperdey a. a. O. S. 4: „Die Abschlußfreiheit, d. h. die Freiheit des Entschlusses über die Frage, ob man einen Vertrag abschließen will oder nicht, scheint mir die ursprünglichste aus dem Wesen der Vertragsfreiheit sich ergebende Folgerung dieses Grundsatzes zu sein".

Vertrages, nach eigenem Ermessen bestimmen kann. Dies ist die Vertragsfreiheit als inhaltliche Gestaltung von Verträgen, sog. Typenfreiheit[5]), oder auch Vertragsfreiheit im engeren Sinne genannt.

Die Rechtsordnung hat aber nicht nur die Interessen des Einzelnen, sondern auch die der Gesamtheit zu berücksichtigen. Auch bei einer historischen Betrachtung kann es uns als Maßstab für die einzelnen Phasen der Entwicklung in der Kulturgeschichte eines jeden Volkes dienen, inwieweit das individuelle Interesse dem sozialen Ganzen gegenüber gewahrt bleibt, wie weit die Gemeinschaft dem Einzelnen seine Freiheit beläßt. In diesem Sinne ist das Recht von Jellinek als „soziale Schrankenziehung" bezeichnet worden. Wie stark das staatliche Leben z. B. durch eine unbeschränkte Vertragsfreiheit gefährdet werden kann, ist deutlich in den wirtschaftlich so äußerst schwierigen Kriegs- und Nachkriegszeiten in Erscheinung getreten. Es wurde deshalb eine „Zurückdrängung der durch die Privatrechtsordnung gewährleisteten und geschützten individualistisch-egoistischen Interessen des einzelnen Rechtsgenossen zugunsten der Gesamtheit"[6]) notwendig, die vor allem in der Höchstpreis- und Wuchergesetzgebung sowie in den Verkaufs- und Veräußerungsverboten für fast alle Lebensmittel ihren Ausdruck fand; denn auch die im Verordnungswege erlassenen Bestimmungen sind nach Art. 2 EG. BGB. „Gesetze" im materiellen Sinne. Diese Bestimmungen beschränkten die Vertragsfreiheit, insbesondere wurde die Abschlußfreiheit durch die Verkaufsverbote für Lebensmittel im freien Verkehr beschränkt. Es wurde von Gesetzes wegen verboten, Verträge bestimmter Art abzuschließen, die Freiheit des Tuns war also beschränkt. Selbst wenn der Einzelne einen solchen Vertrag abschließen wollte, so durfte er dies nicht; tat er es doch, so verstieß er gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB.). Der Vertrag war demnach nichtig.

---

[5]) Enneccerus I, 2 § 322, V: „Vertragsverhältnisse, welche unter keinen der Vertragstypen des BGB. passen, und für welche auch kein anderes Reichsgesetz oder vorbehaltenes Landesgesetz maßgebend ist (atypische Verträge), sind nach Analogie verwandter Vertragstypen, ferner nach den allgemeinen Grundsätzen des Obligations- und Vertragsrechts, endlich ergänzend nach richterlichem Ermessen zu beurteilen.

[6]) Nipperdey a. a. O. S. 2.

Derartige Beschränkungen der Freiheit des Tuns beim Vertragsschluß sind dem Rechtsleben stets bekannt gewesen, nur mit dem Unterschied, daß im Kriege diese Beschränkungen zahlenmäßig einen sehr viel größeren Umfang annahmen als früher. So ist z. B. schon nach BGB. ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtete, sein künftiges Vermögen zu übertragen (§ 310 BGB.), oder ein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten außer unter künftigen gesetzlichen Erben (§ 312 BGB.) nichtig.

Einen viel stärkeren Eingriff in die Vertragsfreiheit des Einzelnen bedeutet es aber, wenn er durch die Rechtsordnung, gegebenenfalls auch gegen seinen Willen, gezwungen werden kann, einen Vertrag abzuschließen, die Freiheit des Unterlassens also beschränkt wird; denn es liegt, wie schon angedeutet, eine größere Freiheitsbeschränkung darin, wenn der Einzelne gezwungen wird, eine bestimmte Handlung vorzunehmen, als wenn er sie nur zu unterlassen hat. Aber selbst ein so starker Eingriff in die Privatrechtssphäre des Einzelnen ist vom Gesetzgeber gebilligt worden. „Eine soziale Rechtsordnung, eine Rechtsordnung des Ausgleichs widerstreitender Individualinteressen hat im Hinblick auf die Interessen der Gesamtheit Vorsorge zu treffen, daß da, wo es notwendig erscheint, ein Rechtssubjekt zur Beteiligung an den privatrechtlichen Wertbewegungen und daher zum Abschluß von Verträgen gezwungen werden kann."[7])

Die von der Rechtsordnung gebotene Verpflichtung, einen solchen Vertrag abzuschließen, wird von Nipperdey als „Kontrahierungszwang" bezeichnet. Jedoch muß sich die Verpflichtung stets aus einer Norm der Rechtsordnung herleiten lassen. Diese Norm braucht aber nicht notwendig auf Gesetz oder Verordnung, sie kann auch auf autonomer Satzung beruhen. Als solche autonome Satzung ist aber auch die „rechtsetzende Vereinbarung" Privater kraft staatlicher Delegation anzusehen.[8]) Irgendeine rechtsetzende Norm ist jedoch immer als Voraussetzung für einen Kontrahierungszwang notwendig. Es kann daher niemals

1. ein tatsächlicher Zwang[9]),

---

[7]) Nipperdey a. a. O. S. 5.
[8]) Fleiner, Institutionen S. 82.
[9]) Nipperdey a. a. O. S. 12: „Da der Kontrahierungszwang auf einem Gebot der Rechtsordnung beruht, so ist er Rechtszwang".

2. eine vorherige Bindung des Einzelnen[10]) als Kontrahierungszwang bezeichnet werden. Eine Verpflichtung zum Vertragsschluß etwa auf Grund eines Vorvertrages kann deshalb niemals einen „Kontrahierungszwang" darstellen.

Für einen Kontrahierungszwang bei Arbeitsverträgen kamen als Rechtsquellen bisher folgende Bestimmungen in Betracht:

Der Kontrahierungszwang beim Arbeitsvertrag fand zuerst zugunsten von zurückkehrenden Kriegsteilnehmern Anwendung. Er ist enthalten in § 3 der VO. über die Einstellung und Entlassung von Arbeitern und Angestellten vom 12. Febr. 1920 (RGBl. 218).[11]) In den inzwischen aufgehobenen §§ 12 ff. dieser VO. wurde insbesondere die Rechtsprechung über Einzelstreitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis den Schlichtungsausschüssen übergeben, da besondere Arbeitsgerichte hierfür nicht bestanden. Ein weiterer Zwang zum Abschluß von Arbeitsverträgen wurde durch das Gesetz vom 6. Febr. 1920 (§ 4 und 5, II) über den Einstellungszwang Schwerkriegsbeschädigter statuiert.[12])

II.

Um die rechtliche Natur eines solchen durch die Rechtsordnung im weitesten Sinne erzwungenen Vertrages klarzustellen, soll in den nachfolgenden Ausführungen von der

---

[10]) Nipperdey a. a. O. S. 15: „Von einem Kontrahierungszwang kann man nur dann sprechen, wenn dieser Zwang von der Rechtsordnung, unabhängig von einer Willensbindung dessen, dem er auferlegt ist, ausgeübt wird. Das wichtigste Charakteristikum des Kontrahierungszwanges ist, daß das Gebot der Rechtsordnung von außen ohne wesentliche Berührung mit seiner Willenssphäre an den Betroffenen herantritt. Der Kontrahierungsverpflichtete darf sich nicht selbst gebunden haben, sodaß der Zwang nur eine Folge der eigenen Bindung ist.

[11]) „Betriebsunternehmer und Büroinhaber einschließlich der Körperschaften des öffentlichen Rechts sind . . . verpflichtet, diejenigen Kriegsteilnehmer und reichsdeutschen Zivilinternierten wieder einzustellen, die am 1. August 1914 als Arbeitnehmer in ihrem Betrieb oder Büro beschäftigt waren". Diese VO. greift mit ihren durch das BRG. erforderlich gewordenen Aenderungen zurück auf die VO. vom 3. Sept. 1919, die die Einstellung und Entlassung der Arbeitnehmer (Arbeiter und Angestellten) zuerst gemeinschaftlich geregelt hatte.

[12]) Vgl. Nipperdey a. a. O. S. 81.

Verordnung über das Schlichtungswesen vom 30. Okt. 1923 (RGBl. I. 1043) ausgegangen werden.

Diese VO. ist wohl als eine der neuesten Rechtsquellen für die Fälle des Zwangsvertrages anzusehen,[13]) und es soll nun von hier aus untersucht werden, inwieweit all dasjenige, was bisher über dies Rechtsinstitut Grundsätzliches gesagt worden ist, auch jetzt noch Geltung hat, inwieweit die Rechtsfigur eines auf dieser VO. fußenden Zwangsvertrages von ähnlichen Fällen im bisherigen Recht abweicht oder mit ihnen übereinstimmt. Gerade weil die VO. vom 30. Okt. 1923 für den Kontrahierungszwang im Arbeitsrecht eine neue Form schafft, können die zu Zweifeln Anlaß gebenden Streitfragen von einer neuen Seite aus unter Gegenüberstellung der verschiedenen früheren praktischen Anwendungsfälle beleuchtet werden, um eine weitere Klarstellung der leitenden Gesichtspunkte dieses Rechtsinstitutes zu ermöglichen.[14])

Außerdem rechtfertigen sich derartige Ausführungen aber darum, weil die vorliegende Schlichtungsverordnung auch nur eine vorläufige Regelung[15]) bedeutet, und deshalb die wissenschaftliche Forschung die Aufgabe hat, „de lege ferenda eine vorsichtig abwägende Fortbildung und Verwertung der Rechtsgedanken vorzunehmen, die in den geregelten Fällen zur Setzung eines Kontrahierungszwanges geführt haben".[16])

---

[13]) Sie dient nach Kaskel (Neuerungen im Arbeitsrecht) S. 23 der Vereinfachung und Verbilligung der arbeitsrechtlichen Einrichtungen.

[14]) Nipperdey a. a. O. S. 86: „Für die wissenschaftliche Darstellung muß es sich daher darum handeln, den Zwang zum Vertragsschluß aus seinen praktischen Anwendungsfällen heraus; aber schließlich auch über diese hinaus als ein Institut des Rechtssystems zu erkennen".

[15]) Die VO. beginnt mit den Worten: „Auf Grund des Ermächtigungsgesetzes . . . verordnet die Reichsregierung bis zur endgültigen gesetzlichen Regelung . . ."

[16]) Nipperdey a. a. O. S. 8, 9.

1. Die wichtigste Bestimmung der neuen Verordnung besteht darin, daß sie eine scharfe Scheidung der Gesamtstreitigkeiten von den Einzelstreitigkeiten herbeigeführt hat.[17])

Die Vorschriften über Gesamtstreitigkeiten sind geregelt in Art. 1 SchlVO. und in der zweiten VO. zur Ausführung der SchlVO. vom 29. Dez. 1923 (RGBl. 24 I. S. 9). Die Vorschriften über Einzelstreitigkeiten sind geregelt in Art. II SchlVO. und in der ersten VO. zur Ausführung der SchlVO. vom 10. Dez. 1923 (RGBl. I. 1191).

Zumeist werden Gesamtstreitigkeiten wohl Tarifverträge betreffen, d. h. solche Verträge, welche „die Bedingungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen" (§ 1 TarifvertrVO. vom 23. Dez. 1918, RGBl. I, 1456) regeln. Hierbei ist das Wort „Bedingung" nicht wie bei Katz[18]) im technischen Sinne der §§ 158 ff. BGB. zu verstehen; sondern es handelt sich um Vertragsbestimmungen, die in einem besonderen Vertrage,[19]) dem Tarifvertrage, vereinbart werden und für eine Reihe von Verträgen Geltung erlangen sollen. Parteien des Tarifvertrages sind nach § 1 TVVO. der einzelne Arbeitgeber oder Vereinigungen von Arbeitgebern einerseits und Vereinigungen von Arbeitnehmern andererseits.[20]) Diese „Vereinigungen" können, um tarifvertragsfähig zu sein, rechtsfähige oder nicht rechtsfähige Vereine darstellen, jedoch keine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft, da diese aus „Gesellschaftern" besteht und nicht aus „Mitgliedern" im Sinne des § 1, II a. a. O., von deren Wechsel das Bestehen eines Vereins unabhängig ist. Der einzelne Arbeitgeber kann dagegen sowohl eine natürliche oder juristische Person als auch eine Gemeinschaft zur gesamten Hand (demnach auch eine Gesellschaft nach BGB. oder Offene Handelsgesellschaft) sein.[21])

---

[17]) Pick u. Weigert S. 9/10: „Die einschneidendste Neuerung der SchlVO. besteht in der grundsätzlichen Trennung der Einzelstreitigkeiten von den Gesamtstreitigkeiten. Die Verschiedenartigkeit der Gesamtstreitigkeiten und der Einzelstreitigkeiten zwingt dazu, wieder eine reinliche Scheidung zwischen der „Schlichtung" von Gesamtstreitigkeiten und der „Rechtsprechung" über Einzelstreitigkeiten vorzunehmen und letztere ausschließlich den Gerichten zuzuweisen".

[18]) Katz, Lücken im Arbeitsvertrag. S. 68 ff.

[19]) Hueck in JherJ. 73, 36/37.

[20]) Vgl. hierzu die schematische Darstellung b. Hueck a. a. O. S. 44.

[21]) Vgl. Flatow u. Joachim zu Art. I, § 3 SchlVO. Anm. II, A. I. 1 S. 12.

Die Arbeitnehmervereinigungen müssen außerdem noch von der Arbeitgeberseite völlig unabhängig sein, um „die formale Gleichberechtigung der beiden Vertragsparteien (des Arbeitsvertrages) zu einem tatsächlichen Gleichgewicht umzugestalten“.[22]) Jedoch sind in Art. I. § 3 SchlVO. neben den Tarifverträgen die Betriebsvereinbarungen ausdrücklich als Gesamtvereinbarungen hervorgehoben. Die Betriebsvereinbarung stellt einen Gesamtvertrag zwischen dem Arbeitgeber eines Betriebes und der Betriebsvertretung, resp. in einem vertretungslosen Betriebe der „Arbeitnehmerschaft“ als solcher dar. Inhaltlich enthält die Betriebsvereinbarung die gleichen, das Einzelarbeitsverhältnis regelnden Bestimmungen wie der Tarifvertrag.

Für die Anwendbarkeit der SchlVO. auf Gesamtstreitigkeiten ergeben sich nunmehr folgende Voraussetzungen:

1. Die Parteien, deren Gesamtstreitigkeit geschlichtet werden soll, müssen tarifvertrags- resp. betriebsvereinbarungsfähig sein;
2. die Streitigkeit muß „für das Wirtschaftsleben von besonderer Wichtigkeit“ sein (Art. I § 2 Abs. II SchlVO.);
3. geschlichtet werden nur Gesamtinteressen-, niemals Gesamtrechtsstreitigkeiten; denn was „erst künftig Inhalt einer Gesamtvereinbarung werden soll, ist niemals eine Frage des Rechts, sondern der Interessenabwägung“[23]).

Die Parteien können deshalb insbesondere die Schlichtungsbehörde nicht anrufen, um etwa Rechtsansprüche aus einem bestehenden Tarifvertrage geltend zu machen oder diesbezügliche Auslegungsstreitigkeiten auszutragen. Etwas anderes ist es dagegen, wenn der zwar noch nicht abgelaufene TV. deshalb nicht mehr zu Recht besteht, weil infolge wesentlicher Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse dem die Schlichtungsstelle anrufenden Vertragsteil die Erfüllung seiner Verpflichtung aus dem bisherigen Vertrage nicht mehr zugemutet werden konnte. Dann ist diese Partei zu einer Rücktrittserklärung berechtigt. Der TV. besteht

---

[22]) Entw. d. BRG. S. 19; vgl. auch Begründung z. Entw. eines ArbeitstarifG. i. RABl. vom 5. 4. 1921. Amtl. Teil S. 497.

[23]) Kaskel, Neuerungen S. 26.

sodann nicht mehr. Es liegt vielmehr ein „tarifloser Zustand“[24]) vor, sodaß eine neue Gesamtvereinbarung zwischen den Parteien stattfinden kann.

Der Gang des Verfahrens bei Gesamtstreitigkeiten ist in kurzen Zügen folgender:

Zunächst haben die Schlichtungsbehörden, wenn die Parteien über die gesamtvertragliche Regelung der Arbeitsbedingungen nicht einig werden können, „zum Abschluß der Gesamtvereinbarungen . . . . Hilfe zu leisten“ (Art. I § 3 SchlVO.). Hier ist die behördliche Tätigkeit noch eine so rein subsidiäre, daß sie nicht einmal als „tätig werden“ im Sinne des § 5 a. a. O. bezeichnet werden kann. Die eigentliche „Tätigkeit“ der Schlichtungsbehörden beginnt erst mit dem sog. „Vorverfahren“, bei dem zunächst der Vorsitzende des Schlichtungsausschusses oder der Schlichter zu versuchen hat, „den Abschluß einer Gesamtvereinbarung herbeizuführen“ (§ 5, II a. a. O.). Dies geschieht nach § 5, I a. a. O. „auf Anruf der Partei oder von Amts wegen“.

Das Verfahren erinnert in seiner Art stark an das jetzt eingeführte Verfahren vor dem Einzelrichter nach §§ 348 ff. ZPO., bei dem ebenfalls der Richter zunächst zu versuchen hat, „die gütliche Beilegung des Rechtsstreits“ herbeizuführen, nur mit dem Unterschied, daß es sich hierbei, wie bereits ausgeführt, um eine Rechts-, keine Interessenstreitigkeit handelt.

Auf Anruf wird der Schlichter nach § 12, I der 2. AusfVO. z. SchlVO. tätig, „wenn . . . . ein besonders wichtiger Fall vorliegt“; von Amts wegen dagegen nach § 40, II 2. AusfVO. z. SchlVO. nur, „wenn das öffentliche Interesse sein Eingreifen erfordert“. Gelingt es in diesem Verfahren nicht, den Abschluß einer Gesamtvereinbarung herbeizuführen, so ist nach Art. I § 5 Abs. II SchlVO. „die Sache vor einer Schlichtungskammer zu verhandeln.“

„Kommt vor der Schlichtungskammer keine Einigung zustande, so macht die Kammer den Parteien einen Vorschlag für den Abschluß einer Gesamtvereinbarung (Schiedsspruch)“ § 5. IV a. a. O. Der Schiedsspruch ist deshalb regelmäßig unverbindlich. Nur in zwei Fällen ist der Schiedsspruch kein „Vorschlag“, sondern hat bindende Kraft, und

[24]) Flatow-Joachim, SchlVO. zu § 3 Anm. 3 S. 25.

zwar entweder gemäß der Vereinbarung der Parteien oder kraft Gesetzes nach §§ 75, 80 BRG.[25]), nämlich bei Streit über Arbeitsordnung oder Dienstvorschriften.

„Wird der Schiedsspruch nicht von beiden Parteien angenommen, so kann er für verbindlich erklärt werden, wenn die in ihm getroffene Regelung bei gerechter Abwägung der Interessen beider Teile der Billigkeit entspricht und ihre Durchführung aus wirtschaftlichen und sozialen Gründen erforderlich ist". (§ 6, I a. a. O.) Die Ausübung staatlichen Zwanges ist also stets nur das letzte Mittel, um eine Gesamtvereinbarung, vor allem den TV. zustande zu bringen.[26]) Zuständig für die Verbindlicherklärung sind nicht mehr die Demobilmachungskommissare, sondern für Sprüche der Schlichtungssausschüsse der örtlich zuständige Schlichter, für Sprüche der Schlichter der Reichsarbeitsminister.

„Die Verbindlichkeitserklärung ersetzt die Annahme des Schiedsspruchs" (§ 6, III a. a. O.). Es entstehen demnach durch die Verbindlicherklärung des Schiedsspruchs rechtliche Bindungen für die Parteien, ohne, selbst gegen ihren Willen. Ein Rechtszwang, der vertragliche Bindungen auslöst, ist auf die Parteien ausgeübt worden.

2. Ein solcher Zwangsvertrag, der aus einem für verbindlich erklärten Schiedsspruch entsteht, ist, wie schon erwähnt, in erster Linie dazu bestimmt, die Bedingungen für den Abschluß der einzelnen Arbeitsverträge zu regeln. In dieser seiner Haupteigenschaft stellt er für die einzelnen Mitglieder der an seinem Abschluß beteiligten Verbände oder, soweit er von physischen Personen (Arbeitgeber) abgeschlossen wird, für diese „Normen" (Regeln) „für den Abschluß der Einzelarbeitsverhältnisse"[27]) auf. Der Gesamtvertrag hat demnach, soweit seine normativen Bestimmungen in Betracht gezogen werden, als „Arbeitsnormenvertrag" die Bedeutung einer Rechtsquelle; allerdings einer solchen, „die kein objektives Recht zu erzeugen imstande ist"[28]); denn nach Lotmar[29]) ist gerade der persönliche Geltungsbereich der Normen des Tarifvertrages das unterscheidende Merkmal

[25]) Vgl. hierzu Flatow, Grundzüge S. 6.
[26]) Vgl. Flatow-Joachim, SchlVO. zu § 23 der 2. AusfVO. zur SchlVO. Anm. 2 S. 141.
[27]) Kaskel, Neuerungen S. 28.
[28]) Sinzheimer, Arbeitsnormenvertrag. S. 1, 2.
[29]) Lotmar, Arbeitsvertr. S. 788/89.

von objektiven Rechtsnormen. Als normativen Tarifvertrag bezeichnet Katz[30]) lediglich die diesen ergänzende Verkehrssitte, soweit sie durch ihre Umwandlung in objektives Recht dazu bestimmt ist, eine Lücke im Arbeitsvertrag auszufüllen. Eine andere Auffassung entwickelt dagegen Oertmann[31]), für den der TV. „objektives Recht" schafft, obwohl „nur mit Wirkung gegenüber den Vertragsbeteiligten", während die Verkehrssitte nur als Ausfüllungsbegriff zur Auslegung und Abgrenzung der den Parteien auferlegten Pflichten anzusehen ist. Es gibt aber auch eine gesetzesausfüllende Verkehrssitte, auf die sich § 242 BGB, bezieht.[32])

Diese so äußerst wichtige Frage nach dem objektiven Rechtscharakter der normativen Bestimmungen des Tarifvertrages ist im Hinblick auf die folgenden Ausführungen vor allem für die Rechtsnatur einer möglicherweise im TV. enthaltenen Pflicht zum Abschluß von Einzelarbeitsverträgen von großer Bedeutung. Wenn man als das unterscheidende Merkmal von objektiven Rechtsnormen den persönlichen im Gegensatz zum räumlichen Geltungsbereich ansieht, dann müßte man der ersteren Ansicht beitreten. Wenn man aber die Frage darauf abstellt, wann Vereinbarungen der am TV. Beteiligten über Einzelarbeitsverträge, soweit sie den Tarifnormen entgegenstehen, unwirksam sind — sog. Wirkung der Unabdingbarkeit — dann muß man nach heute geltendem Recht unbedingt zu der Auffassung kommen, daß die Normen objektives Recht, wenn auch mit persönlichem Geltungsbereich darstellen; denn die Unabdingbarkeit der normativen Bestimmungen des Tarifvertrages ist durch § 1 d. VO. v. 23. Dez. 1918 gesetzlich festgelegt worden.

Jedoch gibt es auch objektive Rechtsnormen dispositiver Natur. Oertmann selbst geht zum Beweise für die nach früherem Rechte auch hinsichtlich der normativen Bestimmungen allein maßgebende Vertragsnatur des Tarifvertrages von der öffentlichen Taxe beim Dienstvertrage nach § 612, II BGB. aus, die auch nur im Zweifel mangels anderweitiger Bestimmungen für die Lohnhöhe maßgebend[33]) ist. Obgleich nun die öffentliche Taxe nach § 612 BGB. eine

---

[30]) Katz, Lücken S. 113 f.
[31]) Arbeitsvertragsrecht S. 73.
[32]) Oertmann a. a. O. S. 92 ff.
[33]) Oertmann in ZSozWiss. X. 23.

generelle Norm, also objektives Recht darstellt, kann sie dennoch, ebenso wie die große Masse der wirklichen Normen des staatlichen Privatrechts[34]), insbesondere das Recht der Schuldverhältnisse, durch ausdrückliche Parteivereinbarungen ausgeschaltet werden. Wenn solche Normen nun aber außerdem noch auf einen nur persönlichen Geltungsbereich beschränkt werden, so unterscheiden sie sich für die ihnen unterworfenen Personen von einem Vertrage weder im Entstehungstatbestande — sie entstehen durch Willensübereinstimmung zweier Parteien, von denen die eine oder beide eine Personenmehrheit darstellt — noch in ihren Rechtswirkungen; denn sie binden die Beteiligten nicht fester, als ob diese sich vertraglich gebunden hätten. Sie wahren aber ihren normativen Charakter schon dann, wenn sie im Zweifel, nämlich, soweit die Parteien der Einzelarbeitsverträge keine Vereinbarungen treffen, die den normativen Bestimmungen entgegenstehen, für den Inhalt der Arbeitsverträge maßgebend sind, also dispositivem Rechte entsprechen; denn diese „unmittelbare Wirkung" ist auch ohne die Unabdingbarkeit denkbar.[35]) Man spricht hier auch von der „automatischen Wirkung" des Tarifvertrages auf die Einzelarbeitsverträge.[36]) Umgekehrt dagegen werden die Normen, wenn sie unabdingbar sind, immer unmittelbare Wirkung haben.

Sind die Normen aber zwingend, so gehen sie damit in ihrer Wirkung des vertraglichen Charakters verlustig. Wir können deshalb mit Recht sagen: sie wirken wie objektives Recht. Allerdings stellen sie dann infolge ihrer persönlichen Geltung ein objektives Recht besonderer Art dar. Da der TV. aber nicht als eine Summe von Einzelarbeitsverträgen anzusehen ist, vielmehr losgelöst von den Besonderheiten des einzelnen Falles besteht, so objektiviert er schon infolge seiner automatischen Wirkung eine Vielzahl von Rechtsverhältnissen[37]), nämlich den Inhalt einer nicht feststehenden Zahl einzelner Arbeitsverträge. Wir können deshalb nach

---

[34]) Oertmann a. a. O. S. 24.

[35]) So Molitor in NZfAR. 23, Sp. 41. a. A. Hueck Recht d. Tarifvertr. S. 98.

[36]) Vgl. hierzu Oertmann ArbVertrR. § 15, c Zf. 6 S. 66, 67 und Hueck i. JherJ. 73, 82.

[37]) Vgl. Nipperdey Beitr., S. 139 Anm. 84 und Molitor in ArbR. 23, 330.

heute geltendem Recht unbedenklich von objektiven Rechtsnormen allerdings mit persönlichem Geltungsbereich sprechen.

An dem persönlichen Geltungsbereich ändert nun auch die Verbindlicherklärung nichts, da von ihr nur die Parteien betroffen werden, für die auch der Schiedsspruch ergangen war. Ueber die Bedeutung der Verbindlicherklärung für die Parteien gibt es verschiedene Ansichten.

Während nach Nipperdey[38]) die Verbindlicherklärung den Tarifvertragsschluß als solchen, also das Mitwirken beider Tarifvertragsparteien beim Abschluß des Tarifvertrages ersetzt, bedeutet nach Dersch[39]) die Verbindlicherklärung nur den Ersatz der Annahmeerklärung derjenigen Tarifvertragspartei, die den Schiedsspruch nicht angenommen hat, sodaß, wie Kaskel[40]) im Sinne Derschs ausführt, „die Stellung der Behörde zur Partei der Stellung eines Pflegers" entspricht, die als gesetzliche Vertreterin für die widerstrebende Partei die Annahmeerklärung abgibt. Auf diese Frage wird bei der Beurteilung der rechtlichen Natur des Zwangsvertrages noch zurückgekommen werden.

Allerdings werden die einzelnen Mitglieder der beteiligten Verbände durch die Verbindlicherklärung nicht mehr „in Ausführung der Vertragsfreiheit"[41]) der Tarifvertragsparteien an die normativen Bestimmungen des Tarifvertrages gebunden, sondern kraft des öffentlich-rechtlichen Zwanges der Verbindlicherklärung. Daß die Verbindlicherklärung selbst ein „staatlicher Verwaltungsakt"[42]) ist, und demnach die Zwangs-Gesamtvereinbarung kraft öffentlichen Rechts auf Grund der in Art. I § 6 SchlVO. enthaltenen Ermächtigung entsteht, ist wohl unumstritten, fraglich ist es aber, ob die durch diesen Zwang entstandene Gesamtvereinbarung pri-

---

[38]) Beitr. S. 103.

[39]) In NZfAR. 23, Sp. 365.

[40]) ArbR. S. 298. 2 a.

[41]) Katz, Lücken S. 62.

[42]) Flatow und Joachim: SchlVO. zu Art. I § 6 Anm. 6 S. 52. Auch Dersch: NZfAR. 23 Sp. 365 nennt die Verbindlicherklärung eine „verwaltungsbehördliche Entscheidung" und Kaskel: „Arbeitsrecht" S. 298 „eine amtliche Handlung einer Verwaltungsbehörde". ebenso Nipperdey, Beiträge S. 103 einen „öffentlich-rechtlichen Verwaltungsakt".

vatrechtlichen Charakter hat, um so mehr, als es schon bestritten ist, ob überhaupt auch der freiwillig zustande gekommene TV. privatrechtliche Bindungen auslöst.

Die normativen Bestimmungen ergeben nämlich für die Beteiligten beider Parteien nur eine auf das gleiche gemeinsame Ziel gerichtete Verpflichtung, nämlich, daß bestimmte Arbeitsnormen in Arbeitsverträgen gelten sollen; hieraus ergeben sich aber keine subjektiven Rechte und Pflichten. Durch den normativen Teil eines Tarifvertrages wird überhaupt niemand berechtigt und verpflichtet.[43]) Die Normen entstehen, soweit der TV. freiwillig zustande gekommen ist, nicht durch zwei verschiedene einander gegenüberstehende Willenserklärungen, sondern die Erklärung beider Parteien sind inhaltlich gleich und auf einem gemeinsamen Willen beruhend. Insoweit wird der TV. als eine dem öffentlichen Rechte entlehnte „Vereinbarung" im Gegensatz zum bürgerlich-rechtlichen „Vertrage" bezeichnet.[44])

Hueck[45]) zieht hieraus die vollkommen logische und keineswegs wie Nipperdey[46]) im Sinne Potthofs[47]) annimmt, zuweit gegriffene Folgerung, daß alle Bestimmungen auf die im (zur Zeit des Tarifvertrages oder später abgeschlossenen) Einzelarbeitsvertrag ein selbständiger Anspruch bestehen soll, zum normativen Teil des Tarifvertrages gehören. Denn diese Bestimmungen des Tarifvertrages sollen ja gerade nach dem Willen der Verbände Bestandteile der einzelnen Arbeitsverträge werden. Wir müssen uns hierbei nur darüber klar sein, daß nicht die Norm als solche den selbständigen Anspruch des Einzelnen, das subjektive Recht, gewährt. Es wird vielmehr aus der Tatsache, daß eine solche Bestimmung des Tarifvertrages, wenn sie mit einem selbständigen Anspruch des Einzelnen durchsetzbar sein soll, dazu inhaltlicher Bestandteil der einzelnen Arbeitsverträge werden muß, auf ihre normative Natur geschlossen.

---

[43]) Nipperdey, Beiträge S. 142.

[44]) Vgl. hierzu Nipperdey, Beiträge S. 140 Anm. 86 u. Molitor. Arbeitsrecht 23 Sp. 337/38.

[45]) Tarifrecht S. 20 u. 21, Anm. 7.

[46]) Beiträge S. 143 Anm. 89.

[47]) Potthof in Arbeitsrecht 1920 S. 132.

Vielfach ist im Tarifvertrag nun auch eine Einstellungspflicht des Arbeitgebers enthalten. Diese Bestimmung kann jedoch nach der h. L. nicht zum normativen Teil des Tarifvertrages gehören, selbst wenn nach dem Willen der vertragschließenden Verbände der einzelne Arbeitnehmer einen selbständigen Anspruch auf Einstellung haben soll, weil sie nicht Bestandteil des Einzelarbeitsvertrages werden kann, sondern nur eine Voraussetzung für seinen Abschluß ist.[48])

3. Neben die, im Entwurf des Arbeitstarifgesetzes auch als „Satzung" bezeichneten normativen Bestimmungen treten, und zwar, wie wir noch sehen werden, ebenso begriffsnotwendig wie diese Normen diejenigen Teile eines Tarifvertrages, die sich nicht auf den Abschluß der Einzelarbeitsverträge beziehen, vielmehr die Vertragsparteien als solche betreffen, wie etwa die Verpflichtung beider Vertragsparteien zur Errichtung eines paritätischen Arbeitsnachweises und die deshalb rein obligatorischen Charakter haben. Insoweit ist die Gesamtvereinbarung zunächst zum mindesten als ein privatrechtlicher, nach bürgerlichem Rechte zu beurteilender Vertrag aufzufassen, der relative Beziehungen zwischen den beteiligten Verbänden als Vertragsparteien schafft.

Einen rein obligatorischen Bestandteil wird der TV. immer enthalten, nämlich die Bestimmung über seine eigene Dauer, da seine rechtliche Gültigkeit sonst bestritten wird.[49]) Hueck[50]) erachtet allerdings einen solchen Tarifvertrag in Analogie der §§ 623, 723 BGB. für jederzeit kündbar. Dieser Analogieschluß ist aber noch keineswegs allgemein durchgedrungen.[51])

Aber auch die Gesamtheit der unmittelbar wirkenden, objektivem Rechte entsprechenden Normen erzeugt zwischen den Verbandsparteien schuldrechtliche Wirkungen, weil die Parteien durch den Abschluß des Tarifvertrages schon an sich verpflichtet werden, „sich entsprechend den Tarifbestim-

---

[48]) Hierüber s. unten III.

[49]) Nach RG. v. 5. 10. 1909 in GKG. Bd. 15 Sp. 449 ist der TV., der nichts über seine eigene Dauer enthält, in seiner Rechtswirksamkeit zweifelhaft, ebenso Kaskel AR. S. 17 Anm. 4.

[50]) Das Recht des TV. S. 74.

[51]) Vgl. Oertmann in AR. 24 Sp. 167/68.

mungen zu verhalten".[52]) Dieser seiner Ansicht hat Molitor insbesondere durch den Hinweis darauf überzeugenden Ausdruck verliehen, daß es ein „venire contra factum proprium" wäre, wenn die Tarifparteien die von ihnen selbst geschaffenen Normen wieder unwirksam machen würden. Sie sind vielmehr an ihr eigenes früheres Verhalten gebunden[53]) und demnach einander verpflichtet, alles zu unterlassen, was die tatsächliche Geltung des von ihnen geschaffenen Rechts beeinträchtigen könnte".[54]) Hueck[55]) steht zwar auf dem Standpunkt, daß durch Einführung der Unabdingbarkeit die Pflicht zur Innehaltung der Tarifbestimmungen gegenstandslos geworden ist. Dies erscheint jedoch m. E. nicht richtig.

Wir müssen nämlich eine derartige Verpflichtung der Tarifvertragsparteien scharf unterscheiden von einer Pflicht für die Parteien der Einzelverträge, keine normenwidrigen Arbeitsverträge abzuschließen. Eine solche Verpflichtung könnte sich allerdings nach der h. L. (Verbandstheorie) niemals aus dem TV. als solchem ergeben, ist aber nunmehr auch durch § 1 TVVO. gegenstandslos geworden, weil die Normen für den Inhalt der Arbeitsverträge zwingendes Recht darstellen. Damit ist die grundlegende Schwierigkeit beim TV. behoben worden, die gleichzeitig den Ausgangspunkt für die Streitfrage bildete, ob die Verbände, deren einzelne Mitglieder oder beide Teile zugleich (Verbands-, Vertretungs- und Kombinationstheorie) Kontrahenten des Tarifvertrages seien. Der rechtspolitische Grund für diese Streitigkeiten lag nämlich darin, der Schwierigkeit zu entgehen,[56]) daß die einzelnen Mitglieder der Verbände normenwidrige Arbeitsverträge abschließen konnten, ohne daß diese selbst oder ihre dennoch auf dem Boden des Tarifvertrages stehenden Verbände, gegen deren Willen die einzelnen Kontrahenten vielleicht gehandelt haben, dadurch zum mindesten gegen eine schuldrechtliche Verpflichtung verstießen. Inwieweit diese Schwierigkeit noch für eine im TV. enthaltene Einstellungspflicht der Arbeitgeber besteht, die an sich nicht Inhalt des

---

[52]) Molitor in AR. 23 Sp. 335.

[53]) Das begründet Riezler in „Venire contra factum proprium".

[54]) Molitor in AR. 24 Sp. 174/75.

[55]) Tarifrecht S. 87.

[56]) Siehe Hueck in JherJhb. Bd. 73 S. 72 u. Jadesohn, „Arbeitsrecht" Bd. I S. 424, 425.

Einzelarbeitsvertrages werden kann, wird weiter unten zu zeigen sein.

Wenn nun heute auch der durch den TV. geschaffene künftige Inhalt für die Arbeitsverträge gemäß § 1 TVVO. auf die bereits bestehenden Einzelverträge unmittelbar einwirkt, so ist damit noch keine unmittelbare Rechtsänderung im Sinne einer Verfügung des BGB. hervorgerufen. Die bindende Festlegung von Vertragsinhalten schafft nur Aenderungen obligatorischer Rechtsbeziehungen, aber keinen absolut wirkenden Rechtsakt. Hueck[57]) selbst gibt auch zu, daß es sich hierbei um keine eigentliche Verfügung handelt. Damit ist aber auch an dem Charakter der normativen Bestimmungen des Tarifvertrages als Vertragsnormen festzuhalten.

Die von Molitor bezeichnete Verpflichtung zur Innehaltung der Tarifbestimmungen besteht also für die Verbandsparteien als solche. Einer solchen Pflicht steht gewissermaßen als Negativ die Friedenspflicht gegenüber, d. h. die Verpflichtung beider Tarifparteien, nicht durch wirtschaftliche Kampfmittel auf eine Abänderung des Tarifvertrages hinzuwirken. Wenn nämlich eine der Tarifvertragsparteien während der Dauer des Tarifvertrages sich nicht mehr an irgendwelche normativen Bestimmungen, wie etwa die Regelung der Arbeitszeit, Kündigungsfristen usw. gebunden hält und auch von ihren Mitgliedern nicht mehr verlangt, sich nach diesen Bestimmungen beim Abschluß der einzelnen Arbeitsverträge zu richten, so verstößt sie damit gegen diesen rein obligatorischen Bestandteil des Tarifvertrages, nämlich die Friedenspflicht, die sogar, ohne ausdrücklich im TV. enthalten zu sein, einem jeden Teil immanent ist, weil sie sich aus dem Wesen des Tarifvertrages ergibt.[58])

Wenn nun auch die vereinbarten Normen nach § 1 a. a. O. jetzt unmittelbar für die einzelnen Arbeitsverträge maßgebend sind, und deshalb die aus ihnen herauswachsende Pflicht zur Innehaltung der Tarifbestimmungen nicht mehr so stark ins Gewicht fällt, so besteht doch auch heute noch immer die Möglichkeit tarifwidrigen Verhaltens einer Tarifvertragspartei, die die Arbeitsbedingungen nicht mehr an-

[57]) Recht des Tarifvertrages S. 28.
[58]) Vgl. Kaskel, „Zur Lehre vom Tarifbruch“ S. 11.

erkennt und damit die Friedenspflicht verletzt.[59]) Selbst wenn also die Parteien die rein obligatorischen Bestimmungen des Tarifvertrages gar nicht in Betracht zögen, so hätte doch etwa der Unternehmer gegenüber dem Arbeitgeberverband als Gegenkontrahenten des Vertrages zum mindesten einen Anspruch auf Unterlassung tarifwidrigen Verhaltens[60]), gerade weil der TV. zunächst die abschließenden Parteien mit schuldrechtlicher Wirkung verpflichtet, die aufgestellten Normen zu befolgen. Nach Kaskel[61]) enthält ebenfalls „jede normative Bestimmung infolge der damit notwendig verbundenen Friedenspflicht zugleich eine verpflichtende Bestimmung". Ob ein von diesen Normen abweichender Einzelarbeitsvertrag überhaupt möglich ist, ist eben eine ganz andere Frage, die bis zur gesetzlichen Regelung in § 1 der VO. vom 23. Dezember 1918 stark umstritten war.

Vom dogmatischen Standpunkt aus erscheint es deshalb m. E. nicht richtig, wie Nipperdey[62]), diese obligatorische Norm als Korrelat der Friedenspflicht von der Tarifsatzung als solcher zu trennen. Selbst Nipperdey[63]) gibt zu, daß gerade durch die Friedenspflicht die Tarifsatzung erst ihren konkreten Inhalt bekommt, und daß beide Teile des Tarifvertrages Bestandteile eines „Vertrages" seien, die wirtschaftlich ein einheitliches Ganzes bilden. Die normativen Bestimmungen des Tarifvertrages schaffen also für die Tarifvertragsparteien zugleich auch eine gewisse obligatoriche Bindung. Wir brauchen uns dann nicht wie Nipperdey[64]) damit zu begnügen, den TV. nur teilweise als schuldrechtlichen Vertrag und teilweise als Vereinbarung aufzufassen, sondern der TV. wahrt seinen schuldrechtlichen Charakter auch dann, wenn in ihm keine die Vertragsparteien als solche betreffenden Bestimmungen ausdrücklich enthalten sind.

Zusammenfassend können wir uns deshalb der Ansicht anschließen, daß der TV., soweit er freiwillig zustande ge-

---

[59]) In demselben Sinne Oertmann „Arbeitsrecht" S. 73 und Potthof in AR. 23 S. 198, 199.

[60]) Oertmann in ZfSozW. X S. 14, 10 und Hueck in JherJhb. 73 S. 69.

[61]) Kaskel in AR. S. 15 Anm. 3.

[62]) Beiträge S. 139 Anm. 85.

[63]) Beiträge S. 142 Anm. 86 b.

[64]) Beiträge S. 141 Anm. 86 b.

kommen ist, als privatrechtlicher Vertrag aufzufassen ist.[65]) Sehr streitig ist es dagegen wiederum, wie schon angedeutet, inwieweit der TV. nun auch obligatorische Wirkungen auf die einzelnen Mitglieder ausüben kann und insbesondere, ob diese deshalb auch Ansprüche aus dem TV. herleiten können.

4. Bisher war es ebenfalls eine Streitfrage, ob nur die normativen oder auch die obligatorischen Teile von einer Verbindlicherklärung betroffen werden. Die Verbindlicherklärung konnte nämlich auf Grund des § 28 der VO. vom 12. Februar 1920 auch auf Streitigkeiten ausgedehnt werden, die nicht die Wiedereinstellung als solche betrafen, sondern sich auf „Löhne, Gehälter oder sonstige Arbeitsbedingungen" bezogen. Hierdurch sollten gerade wie nach RG. Bd. 104 S. 171 ausdrücklich entschieden ist, Gesamtstreitigkeiten für verbindlich erklärt werden können.[66]) Die Bestimmungen, die auf diese Weise einer Verbindlicherklärung fähig wurden und sich auf den Inhalt der einzelnen Arbeitsverhältnisse („Arbeitsbedingungen") bezogen, konnten natürlich bei einer Gesamtvereinbarung nur normative, d. h. ja gerade das Einzelarbeitsverhältnis regelnde Bedeutung haben.[67]) Es konnte deshalb zweifelhaft sein, ob die in einem Schiedsspruch enthaltenen obligatorischen Bestimmungen überhaupt einer Verbindlicherklärung fähig wären.[68]) Der jetzige Art. I § 6 SchlVO. spricht jedoch von der Verbindlicherklärung des Schiedsspruches ganz allgemein, ohne einzelne seiner Bestimmungen hierbei besonders hervorzuheben, während § 24, IV der VO. vom 12. Februar 1920 lediglich bestimmt, daß Einzelarbeitsverträge nach dem Inhalt des verbindlichen Schiedsspruches für abgeschlossen gelten, jedoch über die Verbindlichkeit des obligatorischen Teils eines Schiedsspruches nichts enthielt.[69]) Nach Flatow[70]) ging die Auslegung in Theorie und Praxis, nach der auch der obligatorische Teil eines Schiedsspruches von einer Verbindlicherklärung mitbetroffen wurde, nur deshalb über den eigentlichen Wort-

---

[65]) Aehnlich Hueck in JherJhb. 73 S. 96.
[66]) Vgl. vor allem Nipperdey „Beiträge" III S. 87 ff.
[67]) Vgl. hierzu Nipperdey a. a. O. S. 90, 96.
[68]) Hiergegen haben sich auch für das alte Schlichtungsrecht Kaskel und Oertmann in dem im mitteldeutschen Braunkohlenbergbau-Streit erstatteten Gutachten ausgesprochen.
[69]) Vgl. Dersch in NZf. AR. 23 Sp. 365.
[70]) Grundzüge S. 15.

laut von § 24, IV hinaus, weil „bei der Verbindlicherklärung fast ausschließlich die normativen Teile des Schiedsspruches, vor allem die Löhne, eine Rolle spielen".

Nun wird eine durch Verbindlicherklärung zustande gekommene Vereinbarung aber selbst wiederum vielfach eine Bestimmung enthalten, nach der die einzelnen Mitglieder der beteiligten Arbeitgeberverbände verpflichtet sind, mit bestimmten Mitgliedern der Arbeitnehmerverbände oder anderen von diesen Verbänden bestimmten Arbeitnehmern Verträge abzuschließen. Die Flatowsche Ansicht dürfte deshalb für eine solche im Schiedsspruch enthaltene Einstellungsverpflichtung, die nach der h. L. gerade als obligatorischer Bestandteil des Tarifvertrages aufgefaßt wird, nicht ganz zutreffend gewesen sein. Vielmehr wird, wenn ein solcher Schiedsspruch für verbindlich erklärt werden sollte, gerade die Einstellungspflicht im Mittelpunkt des Interesses gestanden haben, weil sich hier der Zwang auf den Abschluß des Einzelvertrages selbst bezieht, während sonst durch die Verbindlicherklärung die Freiwilligkeit des Abschlusses von Einzelverträgen nicht berührt wird[71]), sondern nur, soweit Verträge abgeschlossen werden oder bereits abgeschlossen sind, diese einen dem Schiedsspruch entsprechenden Inhalt haben müssen.

Die Verbindlicherklärung ist also jetzt jedenfalls unbedenklich infolge der schon erwähnten ganz allgemeinen Fassung des Art. I § 6 SchlVO. „keineswegs auf die Lohnregelung beschränkt, vielmehr kann alles, was den Inhalt der Gesamtvereinbarung bilden kann, durch die Verbindlicherklärung zwangsweise festgesetzt werden"[72]), also auch die obligatorischen Teile eines Tarifvertragsvorschlages. „Eine Beschränkung des Schiedsspruches und der Verbindlicherklärung auf den normativen Teil hätte ausdrücklich ausgesprochen werden müssen, wenn die VO. das gewollt hätte".[73]) Eine Analogie der Verbindlicherklärung etwa zur Unabdingbarkeit[74]), die sich gemäß § 1 der VO. vom 23. Dezember 1918 nur auf den normativen Teil bezieht, entfällt schon des-

[71]) Siehe Hueck in JherJhb. S. 73, S. 38.
[72]) Flatow und Joachim § 6 Anm. I S. 49.
[73]) Nipperdey in AR. 24 Sp. 579/80; Hueck in AR. 24 Sp. 436.
[74]) So Kaskel in dem von Nipperdey in AR. 24 Sp. 581/82 erwähnten Gutachten im Mitteldeutschen Braunkohlenbergbau-Streit.

halb, weil hierin gerade ausdrücklich auf die „Bedingungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen", also den normativen Teil eines Tarifvertrages Bezug genommen wird.

Demnach schafft die Verbindlicherklärung zwangsweise einen vollkommenen TV. mit denselben Rechtswirkungen als ob dieser freiwillig zustande gekommen wäre.[75])

Im übrigen wird der ZwangsTV. mit noch größerer Selbstverständlichkeit eine Bestimmung über seine eigene Dauer enthalten müssen[76]), wie dies schon vom RG. für einen freiwillig abgeschlossenen TV. verlangt wurde: denn, abgesehen davon, daß bei der Handhabe der Verbindlicherklärung selbst infolge der durch sie verursachten starken Einschränkung der Vertragsfreiheit äußerste Vorsicht geboten ist, darf der Zwang auch nicht über eine genau festbestimmte Zeit hinaus ausgedehnt werden. Das ist eine rechtspolitische Notwendigkeit.

Auch ist die von Meissinger[77]) aufgeworfene Streitfrage, ob „die durch Annahmeerklärung der Parteien bindend gewordenen Schiedssprüche sofort Tarifvertragscharakter i. S. des § 1 TVVO. haben"[78]) — die von Meissinger verneint wurde, weil diesen Verträgen noch die nach § 1 TVVO. erforderliche Schriftform fehle — nunmehr in dem dieser Ansicht entgegengesetzten Sinne Huecks[79]) und Kullmanns[80]) entschieden worden; denn jetzt hat nach Art. I § 5, IV, 2 SchlVO. die Annahme des Schiedsspruchs „die Wirkung einer schriftlichen Gesamtvereinbarung". Da nun die Verbindlicherklärung wiederum nach Art. I § 6, III a. a. O. die Annahme ersetzt, so entfällt jetzt[81]) der von Meissinger erhobene Einwand, daß die Verbindlicherklärung niemals einen Zwangstarifvertrag erzeugen könne, weil der für verbindlich erklärte Schiedsspruch nicht die Unterschrift der an ihm beteiligten Verbände gemäß § 1 TVVO. trage.

---

[75]) Hierzu Nipperdey, Beiträge S. 91 Anm. 10.
[76]) Ebenso Dersch in NZfAR. 23 Sp. 420 Anm. 24.
[77]) Meissinger in GKG. 26 Sp. 227.
[78]) Meissinger a. a. O. 27 Sp. 83.
[79]) Hueck in GKG. 26 Sp. 286.
[80]) Kullmann in GKG. 26 Sp. 262.
[81]) Flatow und Joachim SchlVO. zu Art. I § 6 Anm. 6 S. 52.

Wenn aber auch der Entstehungstatbestand eines freiwillig zustande gekommenen Tarifvertrages mit dem durch eine Verbindlicherklärung entstandenen nicht identisch ist, so ergibt sich doch unverkennbar gerade aus dem Charakter der neuen SchlVO. die Tendenz, den Zwangstarif einem freiwillig zustande gekommenen TV. vollkommen anzugleichen. Da dieser Versuch in der SchlVO. geglückt ist, so erscheint es mir sowohl vom dogmatischen als auch vom rechtspolitischen Standpunkt aus wenig glücklich, noch bei Zwangstarifverträgen von „Tarifverhältnis“[82]) im Gegensatz zu „Tarifvertrag“ zu sprechen.

III.

Stellt eine im TV. enthaltene Verpflichtung zum Vertragsschluß nun einen Kontrahierungszwang im Sinne Nipperdeys dar? Dazu wird es sich fragen, ob diese Verpflichtung, die in einem durch Verbindlicherklärung eines Schiedsspruches entstandenen Zwangsvertrag enthalten ist, normativen oder rein obligatorischen Charakter hat; denn wenn diese Verpflichtung als Kontrahierungszwang aufgefaßt werden soll, so darf sie sich nicht auf eine obligatorische Bindung, sondern muß sich, wie bereits ausgeführt, auf eine normative Bestimmung zurückführen lassen, die, unabhängig von der Willensbindung dessen entstanden sein muß, dem sie auferlegt ist[83]).

Diese Unabhängigkeit könnte zunächst bei einem ohne Zwang zustande gekommenen TV. immerhin zweifelhaft erscheinen; denn die die Tarifangehörigen bindenden autonomen Normen sind unter Wahrung der Vertragsfreiheit durch einen freiwillig geschlossenen TV. entstanden. Jedoch wird sich diese Ansicht vom Standpunkt der Verbandstheorie nicht aufrecht erhalten lassen, weil die zum Kontrahieren verpflichteten einzelnen Arbeitgeber sich nicht selbst gebunden haben, sondern durch ein mit dem Einzelnen nicht identisches Rechtssubjekt, den Verband, gebunden worden sind. Zweifelsfrei steht diese Unabhängigkeit jedenfalls bei einer durch Verbindlicherklärung zustande gekommenen Gesamtvereinbarung fest, bei der die Normen im Wege des Zwanges entstanden sind.

---

[82]) Vgl. Nipperdey, Beiträge S. 100 Anm. 40.
[83]) Nipperdey, Kontrahierungszwang S. 15.

Ist die Verpflichtung zum Vertragsschluß aber überhaupt eine normative Bestimmung des Tarifvertrages?

Zunächst ist diese Verpflichtung als solche rein einseitig; denn es besteht auf Arbeitnehmerseite keine ihr entsprechende Gegenleistung. Die Einstellungsverpflichtung gehört jedoch außerdem auch zu den von Hueck[84]) als „transitorisch" bezeichneten Bestimmungen des Tarifvertrages, weil sie nicht auf die Dauer berechnet ist. Erlischt die Einstellungspflicht aber tatsächlich bereits durch den Abschluß der Einzelarbeitsverträge? Man könnte ja auch die Ansicht vertreten, daß der Arbeitgeber durch die Einstellungspflicht gehalten ist, nicht nur die Arbeitsverträge abzuschließen, sondern die betreffenden Arbeitnehmer, soweit diese ihre Pflichten aus dem Arbeitsvertrage nicht verletzen, während der Dauer des Tarifvertrages nicht zu entlassen. Eine sich soweit erstreckende Bedeutung der Einstellungspflicht ist jedoch rechtspolitisch gar nicht erforderlich: denn wenn der Arbeitgeber pflichtwidrig einen Arbeiter entläßt, so wird damit, soweit der Verband sein Verhalten billigt oder er selbst den Tarifvertrag abgeschlossen hat, die Friedenspflicht verletzt. Wir werden also mit Hueck ebenfalls die Einstellungspflicht dahin begrenzen, daß sie mit dem Abschluß der Einzelarbeitsverträge als erloschen anzusehen ist.

Jedoch handelt es sich bei dieser transitorischen Einstellungspflicht nach der von Hueck vertretenen Auffassung „nicht um eigentliche Arbeitsbedingungen", für die § 1 TVVO. maßgebend wäre. Nach dieser Ansicht würde sich demnach die Möglichkeit ergeben, daß ein Arbeitgeber mit einzelnen Arbeitnehmern, zu deren Einstellung er durch den TV. verpflichtet ist, bei gegenseitigem Einverständnis im Wege des Vertrages seine Einstellungspflicht wieder aufheben könnte, weil diese Bestimmung im TV. von der Unabdingbarkeit nicht berührt würde. Es ist aber in den Fällen des Einstellungszwanges — im Gegensatz zu dem von Hueck[85]) erwähnten Beispiel des Einstellungsverbotes — sehr wohl mit dem Sinn von § 1 der TVVO. vereinbar, wenn der Einstellungszwang als normative Bestimmung eines Tarifvertrages aufzufassen ist; denn es entspricht keineswegs dem Tarifwillen der vertragsschließenden Verbände,

[84]) Das Recht des Tarifvertrages S. 50.
[85]) Das Recht des Tarifvertrages S. 42, 43.

daß der wirtschaftlich Schwächere, nämlich der einzelne Arbeitnehmer, durch Vertrag mit dem Arbeitgeber eine zu seinen Gunsten bestehende Bestimmung des Tarifvertrages ausschalten kann. Der Arbeitnehmer ist ja nicht verpflichtet, sein Recht auszuüben. Wir hatten anfangs schon festgestellt, daß die Einstellungspflicht rein einseitig ist. Der Arbeitnehmer kann deshalb immer noch auf sein Recht auf Einstellung verzichten, d. h. er braucht es nicht geltend zu machen.

Hueck selbst gibt aber die Möglichkeit zu, daß von § 1 TVVO. auch solche Bestimmungen mit umfaßt werden, die „die Voraussetzungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen festsetzen“[86]): denn auch diese sind „Bedingungen“ im Sinne von „Regeln“, die zwar nicht für den Inhalt, aber doch ganz allgemein „für den Abschluß von Arbeitsverträgen“ gemäß § 1 TVVO. maßgebend sein sollen. Diese früher auch von Nipperdey[87]) gebilligte extensive Interpretation des § 1 TVVO. soll hier ebenfalls vertreten werden, und zwar aus folgendem Grunde:

Wenn laut TV. etwa ein Arbeitsnachweis eingerichtet werden soll, so ist allerdings diese Bestimmung eine rein obligatorische: denn sie schafft keine neuen „Regeln (Normen) für den Inhalt der einzelnen Arbeitsverträge der am TV. beteiligten, in räumlicher und beruflicher Beziehung gekennzeichneten Personen“[88]). Eine im TV. enthaltene Verpflichtung für den Arbeitgeber zum Abschluß von Einzelarbeitsverträgen kann aber deshalb noch nicht als nur obligatorischer Bestandteil des Tarifvertrages bezeichnet werden, weil sie „nicht in die Einzelarbeitsverträge eingehen kann“[89]). Sie enthält zwar kein Gebot hinsichtlich des Inhalts eines Einzelarbeitsvertrages; aber sie gebietet ja gerade den einzelnen Mitgliedern der Arbeitgebervereinigung den Abschluß der Einzelarbeitsverträge selbst, soll also jedenfalls nicht Beziehungen regeln, die n u r die Verbandsparteien als solche betreffen. In diesem Sinne ist auch ein Urteil des GewGer.

---

[86]) Hueck a. a. O. S. 41.

[87]) Nach Nipperdey: Kontrahierungszwang S. 11 stellen die für verbindlich erklärten Schiedssprüche, die eine Verpflichtung zum Kontrahieren enthalten können, ebenso eine Quelle objektiven Rechtes dar, wie die für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträge.

[88]) Flatow und Joachim, SchlVO. zu § 3 Anm. 2 B II S. 18.

[89]) Flatow und Joachim a. a. O. S. 19.

Leipzig[90]) ergangen: „Diese Verpflichtungen werden nicht um ihrer selbst willen abgeschlossen, nicht um Verträge von Verband zu Verband zu bekommen, die nicht durchführbar sind, sondern um der einzelnen Arbeitsverträge willen".

Wenn in dem den Arbeitskampf beendenden TV. die Worte enthalten sind: „Die entlassenen Arbeitnehmer sind wieder einzustellen", so geht der TV.-Wille hierbei in erster Linie nicht dahin, nur die Arbeitgeberverbände zu einer Einwirkung[91]) auf ihre Mitglieder zu verpflichten, daß diese wieder einstellen. Die Parteien wollen vielmehr zum mindesten den einzelnen Arbeitgeber unmittelbar verpflichten. Ob dies rechtlich möglich ist, mag vorläufig dahingestellt bleiben. Jedenfalls geht hierbei der Tarifwille nicht auf eine bloße obligatorische, die Einwirkung betreffende Verpflichtung, die nur zwischen den Verbänden wirken soll[92]). Ebenso wie m. E. aus jedem TV., auch wenn in ihm nur normative Bestimmungen enthalten sind, eine obligatorische Pflicht für die Vertragsparteien zu entnehmen ist, sich entsprechend den Tarifbestimmungen zu verhalten[93]) — sonst wäre ja jeder TV. trotz der Unabdingbarkeit illusorisch — so ist einem solchen, die Einstellungspflicht begründenden TV. die Verpflichtung für die Verbandsparteien immanent, sich entsprechend der Einstellungspflicht zu verhalten; d. h. aber gerade, auf ihre Mitglieder im Sinne dieser Einstellungspflicht „einzuwirken". Daraus ergibt sich, daß die rein obligatorische Einwirkungsverpflichtung nichts weiter als eine selbstverständliche Folge der Einstellungspflicht ist. Die Einstellungspflicht bleibt aber, obwohl hierdurch nicht die Verbände obligatorisch verpflichtet werden sollen, ein Bestandteil des Tarifvertrages, ist also nicht etwa eine im TV. enthaltene Bestimmung arbeitsvertraglichen Charakters.[94]) Während die Einwirkungsverpflichtung nur die Vertrags-

---

[90]) Schl. W. 24 S. 103.

[91]) So Nipperdey in AR. 24 Sp. 567, 68.

[92]) Ebenso Koch in JW. 22 S. 1734: „Bei Vorschriften, die sich auf das Verhalten einzelner Organisationsmitglieder beziehen, wie z. B. Verpflichtung zur Wiedereinstellung entlassener Arbeiter, werden die Vertragsparteien vielfach mehr gewollt haben, als bloße schuldrechtliche Beziehungen von Organisation zu Organisation."

[93]) Aehnlich Kaskel hinsichtlich der Friedenspflicht in AR. S. 15 Anm. 3.

[94]) I. S. des Textes Nipperdey in AR. 24 Sp. 560/700 a. A. Schiedsstelle Halle in SchlW. 1924 S. 11.

parteien als solche bindet, will die Einstellungspflicht gerade nach dem Willen der Vertragsparteien den Abschluß von Einzelarbeitsverträgen regeln, indem sie ihn gebietet, hat somit normativen Charakter und ist deshalb als Kontrahierungszwang aufzufassen.

Hiermit soll nun nicht etwa der außergewöhnliche Fall gemeint sein, daß kraft der Fiktion der Rückwirkung dieser TV. als schon abgeschlossen zur Zeit der Entlassung der Arbeitnehmer gilt. Vielmehr soll der Arbeitgeber, wie dies auch praktisch meist der Fall sein wird, durch den TV. verpflichtet werden, neue Arbeitsverträge abzuschließen. Sonst würden, wenn nämlich die Beendigung des Streiks sich „auf der Grundlage des noch bestehenden Arbeitsverhältnisses" vollzöge[95]), überhaupt keine neuen Arbeitsverträge abgeschlossen; sondern nur die Verpflichtungen aus den ursprünglichen Verträgen auf Grund der Wiedereinstellungs-Bestimmung zu erfüllen sein. Dann ist diese Bestimmung, wie auch Nipperdey ausführt, unter allen Umständen normativ, und die Einwirkungsverpflichtung würde mit der gewöhnlichen Pflicht, sich entsprechend den Tarifbestimmungen zu verhalten, zusammenfallen.

Eine andere Bedeutung kommt der Einwirkungsverpflichtung dagegen zu, wenn auf Grund des TV. neue Arbeitsverträge abgeschlossen werden sollen; denn durch die Unabdingbarkeit wird nur die Freiheit des Tuns, jedoch nicht die Freiheit des Unterlassens, also nicht die Abschlußfreiheit beschränkt. Es ist demnach nicht möglich, wie schon erwähnt, daß Einzelkontrahenten vertraglich die Einstellungspflicht ausschalten können, selbst wenn der TV. freiwillig zustande gekommen ist. Damit erschöpft sich aber das Wesen der Unabdingbarkeit für noch nicht bestehende Arbeitsverträge, sie kann den Vertragsschluß selbst nicht ersetzen. Die Einwirkungsverpflichtung ist jedoch als bloße Folgeerscheinung der Einstellungspflicht in dieser enthalten. Beide bilden ein einheitliches Ganzes; denn aus der normativen Einstellungspflicht, dem Kontrahierungszwang, ergibt sich erst als obligatorische Wirkung derselben die Verpflichtung für die Arbeitgeberpartei zur Einwirkung. Der

[95]) Nipperdey in AR. 24 Sp. 459, 60.

Kontrahierungszwang beim Gesamtvertrag ist demnach normativ und in seiner Wirkung auch obligatorisch zugleich.

Es ist deshalb immer davon auszugehen, daß die Einstellungsverpflichtung durch Vertrag zwischen den Verbandsparteien oder durch eine diesem in ihren Wirkungen, wie bereits festgestellt, völlig gleichstehende Verbindlicherklärung zunächst als obligatorischer Bestandteil des Tarifvertrages entsteht. Das Gebot der Einstellung ergeht jedoch gerade an die tarifangehörigen einzelnen Arbeitgeber; als eine rein obligatorische, d. h. nur die Verbandsparteien betreffende Verpflichtung kann die Einstellungspflicht schon aus diesem Grunde niemals angesehen werden.

Dadurch würde aber auch der Fall, daß der einzelne Arbeitnehmer dem Arbeitgeberverbande gegenüber ein selbständiges Recht auf Einstellung erwerben soll, als dem Wesen der Einstellungsverpflichtung nicht entsprechend, überhaupt ausscheiden; denn es soll ja gerade der einzelne Arbeitgeber zur Einstellung gezwungen werden, und nicht der Verband zur Einwirkung. Es ließe sich höchstens noch der Fall denken, daß die Einstellungspflicht des einzelnen Arbeitgebers nicht dem einzelnen Arbeitnehmer, sondern dem Arbeitnehmerverbande gegenüber bestehen soll. Diese Fälle lassen sich jedoch ohne weiteres, soweit sie, wie wir noch sehen werden, überhaupt möglich sind, bereits aus der obligatorischen Natur der Einstellungspflicht ableiten. Nach dem Tarifwillen kommt aber wohl praktisch einzig der Fall in Betracht, daß der einzelne Arbeitnehmer dem einzelnen Arbeitgeber gegenüber einen selbständigen Anspruch auf Einstellung haben soll. Ob sich dieser Anspruch jedoch aus der obligatorischen Bindung der Tarifvertragsparteien herleiten läßt, wird noch des Näheren zu erörtern sein.

Aus dem zugleich normativen Charakter der Einstellungspflicht wird man jedoch diesen selbständigen Anspruch des einzelnen Arbeitnehmers auf Einstellung ohne weiteres auch nicht herleiten können; denn zwischen der Einstellungspflicht, als Kontrahierungszwang aufgefaßt, und den übrigen Tarifnormen besteht der Unterschied, daß diese Normen obligatorischen Charakter in den Einzelverträgen durch den Abschluß eines solchen Arbeitsvertrages bekommen. Gerade daraus, daß sie in den Inhalt der einzelnen Arbeitsverträge eingehen und darin selbständige Ansprüche begründen

sollen, schließt Hueck auf ihren normativen Charakter. Die Norm, die an sich keine subjektiven Rechte und Pflichten des einzelnen Verbandsmitgliedes begründet, wird durch den Abschluß des Einzelarbeitsvertrages zu einem obligatorischen Bestandteil desselben[96]). Läßt sich die normative Einstellungspflicht des Tarifvertrages nun ebenfalls in eine obligatorische Einstellungsverpflichtung des einzelnen Arbeitgebers überführen, der ein subjektives Recht des einzelnen Arbeitnehmers auf Einstellung entspricht oder ist der Tarifwille der Verbandsparteien undurchführbar?

Als typisches Beispiel für solche Fälle möchte ich noch das von Nipperdey in ähnlichem Zusammenhang erwähnte hier anführen, das auch für die weiter unten folgenden Erörterungen über den Kontrahierungszwang als praktische Unterlage dienen kann. „Ein eine Lohnstreitigkeit nach Streik schlichtender Schiedsspruch legt den Arbeitgebern u. a. die Verpflichtung auf, alle infolge des Streiks gemaßregelten Angestellten und Arbeiter wieder einzustellen und wird . . . . für verbindlich erklärt.[97]) Eine solche Verpflichtung im TV. ist aber natürlich auch „ohne vorherige Kampfmaßregeln" möglich[98]), sie kann sich auch auf Neueinstellungen beziehen, und zwar sowohl von Mitgliedern der vertragschließenden Verbände, als auch von dritten, außerhalb der Verbände stehenden Arbeitnehmern.

Der Kontrahierungszwang ist in diesen Fällen also nur eine mögliche Folge, die sich aus der die Annahme ersetzenden Verbindlicherklärung des Schiedsspruchs ergibt. Es ist demnach scharf zu scheiden zwischen der durch die Verbindlicherklärung entstandenen Bindung der beteiligten Verbände, deren rechtliche Natur noch des Näheren zu erörtern ist, und des auf Grund dieser Bindung möglicherweise entstehenden Kontrahierungszwanges.

---

[96]) So Nipperdey, Beiträge S. 142.

[97]) Nipperdey, Kontrahierungszwang S. 11 Anm. 3.

[98]) Vgl. Oertmann, Arbeitsvertragsrecht § 27, 2 S. 112.

IV.

Weiterhin können nun Gesamtvereinbarungen, soweit sie Tarifverträge betreffen, nach dem ersten Abschnitt (§ 2 ff.) der VO. vom 23. Dezember 1918 für allgemein verbindlich erklärt werden. Diese VO. wurde in ihrem zweiten Abschnitt durch das BRG. ersetzt, während der dritte Abschnitt nunmehr durch die SchlVO. vom 30. Oktober 1923 ersetzt wird. Der TV. schafft, wenn er freiwillig zustande gekommen ist, eine autonome Satzung für die am TV. beteiligten Verbände, d. h. die normativen Bestimmungen des Vertrages haben die Kraft, daß ihnen die einzelnen Mitglieder der Vertragsparteien unterworfen sind. Ihnen entgegenstehende Parteivereinbarungen sind nach dem in § 1 der VO. vom 23. Dezember 1918 gesetzlich festgelegten Grundsatz der Unabdingbarkeit unwirksam. Bis zu dieser gesetzlichen Regelung wurde in der Wissenschaft überwiegend die Ansicht vertreten, daß, so wünschenswert es rechtspolitisch auch wäre, sich aus dem bis dahin geltenden Recht eine Unabdingbarkeit der Tarifverträge nicht herleiten ließe[99]).

Durch die Allgemeinverbindlicherklärung werden die normativen Bestimmungen des TV. von autonomen Normen zu Gesetzesnormen. Der vorhandene TV. wird nämlich durch die Allgemeinverbindlicherklärung „auf die Außenseiter des Berufes ausgedehnt“[100]), d. h. innerhalb eines bestimmten räumlichen Geltungsbereiches auch auf diejenigen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die nicht als Mitglieder der am TV. beteiligten Verbände ihm bereits unterworfen gewesen sind. Von autonomen Normen kann man aber nur sprechen, wenn mittels einer Vereinbarung kraft staatlicher Delegation Recht gesetzt, eine Rechtsquelle, sei es auch mit persönlichem Geltungsbereiche erzeugt wird[101]); dagegen nicht mehr, wenn die Norm mittels des Zwangsaktes der Verbindlicherklärung entstanden ist; denn die Parteien „genießen“ diese Autonomie, ihre Wirkung ist an den Willensakt der Parteien geknüpft[102]).

Ist nun auch ein solcher TV., wenn er nicht freiwillig, sondern durch Verbindlicherklärung zustande gekommen ist,

[99]) Vgl. hierzu die Darstellung bei Katz 5, II C, S. 80 ff.
[100]) Flatow und Joachim zu Art. I § 6 Anm. I, S. 50.
[101]) a. A. Katz a. a. O. S. 62.
[102]) Oertmann, Arbeitsvertragsrecht S. 72.

der Allgemeinverbindlicherklärung fähig? Die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus dem Wortlaut der SchlVO. selbst. Zunächst hat der Schiedsspruch, wenn er angenommen ist, nach Art. I § 5, IV, 2 die „Wirkung einer schriftlichen Gesamtvereinbarung", d. h. eines Tarifvertrages oder einer Betriebsvereinbarung. Wird der Schiedsspruch jedoch nicht angenommen und kommt es zu einer Verbindlicherklärung, so ersetzt diese die Annahme des Schiedsspruchs. Der für verbindlich erklärte Schiedsspruch hat demnach — ebenso wie der angenommene — die Wirkung einer schriftlichen Gesamtvereinbarung. Es besteht hiernach in den Rechtsfolgen überhaupt kein Unterschied, ob ein TV. durch Verbindlicherklärung oder durch freiwillige Annahme des Schiedsspruches oder dadurch entstanden ist, daß sich die Parteien auch über den Inhalt des Tarifvertrages ohne behördliche Hilfe geeinigt haben. Die durch Verbindlicherklärung des Schiedsspruches entstandene Gesamtvereinbarung kann demnach auch, wenn in ihr die Regelung eines Tarifvertrages erfolgt ist, für allgemeinverbindlich erklärt werden und ist genau so unabdingbar, wie wenn die Gesamtvereinbarung durch Annahme des Schiedsspruches entstanden wäre[103]).

Es besteht nur insofern ein Unterschied, als der im Wege des Zwanges entstandene, der Allgemeinverbindlicherklärung zugrunde liegende ursprüngliche TV. ebenfalls nicht mehr abgeändert werden kann. Dies nahm allerdings die h. L. (Gesetzestheorie) auch schon bei der Allgemeinverbindlicherklärung von freiwillig zustande gekommenen Tarifverträgen an[104]). Es wurde aber auch die Ansicht vertreten, daß bei Aufhebung des zugrundeliegenden Tarifvertrages die ursprünglichen Beteiligten tariffrei werden[105]). Die Verbindlichkeit des Zwangstarifvertrages wächst demnach durch die Allgemeinverbindlicherklärung aus ihrem persönlichen Geltungsbereich heraus und erstreckt sich nunmehr auf einen räumlichen Geltungsbereich.

---

[103]) Vgl. Flatow und Joachim zu Art. I § 6 SchlVO. Anm. 6 S. 52.

[104]) Kaskel, Arbeitsrecht S. 18, 19.

[105]) Oertmann in GKG. 24 Sp. 237 und Kaskel Arbeitsrecht S. 19 Anm. 1.

Zusammenfassend ergibt sich demnach folgendes: Von objektiven Rechtsnormen können wir unter allen Umständen bei für allgemein verbindlich erklärten, durch Verbindlicherklärung zustande gekommenen Tarifverträgen sprechen; denn diese ergeben zwingende Rechtsnormen mit einem räumlichen Geltungsbereich. Im übrigen stellen die Tarifverträge dagegen, mögen sie nun durch Verbindlicherklärung oder ohne Zwang zustande gekommen sein infolge der Unabdingbarkeit ebenfalls zwingende Rechtsnormen jedoch mit persönlichem Geltungsbereich auf. Von autonomen Normen können wir aber nur bei einem freiwillig und nicht durch Verbindlicherklärung zustande gekommenen TV. sprechen.

Die Unabdingbarkeitswirkung besteht zwar sowohl bei freiwillig abgeschlossenen als auch bei für verbindlich erklärten Tarifverträgen, hat jedoch, da sie nur den Inhalt der einzelnen Arbeitsverträge bindend festlegt, auf die Abänderung oder Aufhebung eines freiwillig zustande gekommenen Tarifvertrages als solchem und damit auf seinen privatrechtlichen Charakter keinen Einfluß. Damit ist aber über den privatrechtlichen Charakter einer nicht freiwillig zustande gekommenen Gesamtvereinbarung noch nichts gesagt; denn im Entstehungstatbestand unterscheidet sich diese ja gerade von einem für verbindlich erklärten Schiedsspruch.

V.

Für uns ist es deshalb von Wichtigkeit, die rechtliche Natur eines nach Art. I § 6. III SchlVO. durch Verbindlicherklärung entstandenen Zwangsvertrages zu erkennen, der also Gesamtstreitigkeiten betrifft. Es wird zunächst festzustellen sein, ob ein solcher Zwangsvertrag seiner rechtlichen Natur nach nicht mit irgend einem schon früher in der Literatur erörterten Zwangsvertrag übereinstimmt, der etwa infolge der Gleichartigkeit von gesetzlichen Bestimmungen dieselben Voraussetzungen zu seiner Entstehung hat; ebenso wie sich Molitor[106]) bei der Untersuchung des Vertragszwanges bemüht, „schematisch gleichliegende Fälle zusammenzustellen, und in ihrer Wirkung zu untersuchen".

[106]) Molitor in JherJhb. 73 S. 16.

Nipperdey[107]) geht bei der Verbindlicherklärung eines Schiedsspruches von der EinstellungsVO. vom 12. Februar 1920 aus. In § 3 dieser VO. ist, wie oben erwähnt, ein Kontrahierungszwang normiert, der Betriebsunternehmer und Büroinhaber verpflichtet, die vor dem 1. August 1914 bei ihnen beschäftigten Kriegsteilnehmer wieder einzustellen. Ergeben sich Streitigkeiten, weigert sich also z. B. der verpflichtete Arbeitgeber, eine solche Wiedereinstellung vorzunehmen, so konnte nach § 25 dieser VO. der Demobilmachungskommissar einen auf Grund einer solchen Streitigkeit ergangenen Schiedsspruch, der also eine Einzelstreitigkeit betraf, für verbindlich erklären, wenn

1. sich nicht beide Parteien diesem von zuständiger Stelle aus abgegebenen Schiedsspruch unterworfen haben und
2. ein dahin gehender Antrag von einer der beiden Parteien innerhalb zweier Wochen gestellt worden ist.

Der Demobilmachungskommissar konnte aber den Schiedsspruch nach § 24 a. a. O. auch von Amts wegen für verbindlich erklären. Jedoch „er wird es nur tun, wenn die Durchführung des Schiedsspruches im Interesse des wirtschaftlichen Lebens notwendig ist“[108]).

Ganz die gleichen Bestimmungen finden sich aber auch in der zweiten VO. zur Ausführung der SchlVO. vom 29. Dezember 1923. Hier lautet § 23: „Das Verfahren bei Verbindlicherklärung eines Schiedsspruches setzt regelmäßig den Antrag einer Partei voraus, die den Schiedsspruch angenommen hat. Von Amts wegen soll ein Verfahren auf Verbindlicherklärung nur eingeleitet werden, wenn das öffentliche Interesse die Einleitung fordert“.

Hieraus ergibt sich jedoch nur, daß die formellen Voraussetzungen für die Einleitung des Verfahrens in beiden Fällen genau die gleichen sind. Ob wir jedoch berechtigt

---

[107]) Kontrahierungszwang S. 119.

[108]) Nipperdey a. a. O. S. 121, Anm. 1. Hierzu Syrup-Billerbeck, Einstellung und Entlassung von Arbeitern S. 57 Anm. 4: „Bei Streitigkeiten, deren Austragung im wesentlichen nur die beteiligten Kreise berühren, erscheint ein behördliches Eingreifen von Amts wegen nicht für anwendbar“.

sind, die Rechtsgrundsätze, die Nipperdey aus der Verbindlicherklärung eines Schiedsspruches nach § 25 der VO. vom 12. Februar 1920 herleitet, auch auf die Verbindlicherklärung eines Schiedsspruches nach Art. I § 6 SchlVO. vom 30. Oktober 1923 anzuwenden, läßt sich aus der formellen Gleichartigkeit ihres Zustandekommens allein noch nicht folgern. Hierzu ist vor allem zu prüfen, welche Unterschiede diese beiden Verbindlicherklärungen hinsichtlich ihrer Wirkungen und ihres Zweckes aufweisen.

In den Wirkungen besteht zunächst folgender Unterschied: Durch die Verbindlicherklärung nach § 25 der VO. vom 12. Februar 1920 konnte der einzelne Arbeitnehmer, wenn er den erforderlichen Antrag stellte, die Verpflichtung des Arbeitgebers auf Wiedereinstellung nach § 3 a. a. O., also auf Vertragsschluß, erzwingen. Diese VO. selbst gibt also den einzelnen Arbeitnehmern die Möglichkeit, die zu ihren Gunsten bestehenden normativen Bestimmungen auch selbständig durchzusetzen, d. h. sie haben ein subjektives Recht auf Vertragsschluß.

Wird dagegen in dem nach Art. I § 6 SchlVO. entstandenen Zwangsvertrag den Einzelnen der beteiligten Arbeitgeber eine Verpflichtung zum Vertragsschluß auferlegt, so hat damit der einzelne Arbeitnehmer noch keinen Anspruch auf Vertragsschluß. Wir haben zwar bereits festgestellt, daß die in einer Gesamtvereinbarung enthaltene Verpflichtung zum Vertragsschluß zugleich obligatorisch und normativ ist. Auch unterscheidet sich die durch Verbindlicherklärung eines Schiedsspruches zustande gekommene Gesamtvereinbarung „rechtlich in nichts von einer freiwillig in der vorgeschlagenen Form abgeschlossenen. Insbesondere entstehen auch aus ihr klagbare Rechte“[109]).

Aber solche etwa den Friedensschluß nach Arbeitskämpfen betreffenden Verpflichtungen, wie die Wiederaufnahme der Arbeit seitens der Arbeitnehmer und die Wiedereinstellung Entlassener seitens der Arbeitgeber schafft zunächst als obligatorischer Bestandteil eines Tarifvertrages nur Beziehungen zwischen dem Arbeitgeber oder der Arbeitgebervereinigung einerseits und der Arbeitnehmervereinigung

[109]) Grundzüge der VO. über das Schlichtungswesen in RABl. 23 S. 738.

andererseits, also nur zwischen den Parteien des Tarifvertrages; diese haben deshalb auch einen klagbaren Anspruch darauf, die Erfüllung der durch den TV. für die Parteien entstandenen Verpflichtungen zu verlangen. Den einzelnen Mitgliedern der Parteien sind aber durch die schuldrechtliche Bindung ihrer Partei als solcher noch keine Rechtsansprüche auf Erfüllung gegeben.

Jedoch wird in der Wissenschaft verschiedentlich auch die Ansicht vertreten, daß, wenn die schuldrechtlichen Pflichten der TV.-Parteien Individualinteressen schützen sollen — und dies wäre bei der Verpflichtung zum Abschluß von Einzelarbeitsverträgen der Fall — daß dann durch den Abschluß des Tarifvertrages, mag er nun durch Verbindlicherklärung oder freiwillig zustande gekommen sein, auch vertragliche Beziehungen für die einzelnen Mitglieder der TV.-Parteien geschaffen werden. Wir werden deshalb zu untersuchen haben, ob wir das subjektive Recht des Einzelnen auf Vertragsschluß nicht dennoch aus dem obligatorischen oder vielleicht aus dem normativen Charakter der Gesamtvereinbarung herleiten können.

Infolge der Unabdingbarkeitswirkung hat die Frage des subjektiven Rechts, soweit es sich um einen Anspruch hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung von Arbeitsverträgen handelt, keine Bedeutung mehr; denn „nicht die Parteien des Einzelarbeitsvertrages, sondern diejenigen des Tarifvertrages haben die inhaltliche Gestaltung des Einzelvertrages in Händen“[110]). Einen Anspruch etwa des Arbeitnehmers auf einen den Tarifnormen entsprechenden Inhalt seines Arbeitsvertrages, entbehrt jeder Grundlage, da der Arbeitgeber, soweit er einen neuen Arbeitsvertrag abschließen will, an die Tarifnormen gebunden ist und infolge der sich aus der Unabdingbarkeit ergebenden unmittelbaren Wirkung die bestehenden Tarifverträge einen diesen Normen entsprechenden Inhalt bereits haben. Anders dagegen bei der Einstellungsverpflichtung des Arbeitgebers. Wenn wir auch die Einstellungspflicht als normative Bestimmung des Tarifvertrages auffassen, so wird sie dennoch von der Unabdingbarkeitswirkung nicht mit umfaßt; denn diese bezieht sich nur auf die Vertragsfreiheit als inhaltliche Gestaltung

[110]) Vanselow in NZfAR. 24 Sp. 332.

von Verträgen, dagegen nicht auf die sogen. Abschlußfreiheit. Dies ergibt sich ohne weiteres aus § 1 TVVO., der ausdrücklich nur von der Unwirksamkeit der Arbeitsverträge spricht, soweit sie von der tariflichen Regelung abweichen. Es gelten also nicht etwa infolge einer im TV. enthaltenen Einstellungspflicht durch § 1 TVVO. die entsprechenden Arbeitsverträge als abgeschlossen.

Die Verbindlicherklärung beim Zwangstarif schafft[111]) dagegen überhaupt erst zwangsweise die Normen, also möglicherweise auch eine Einstellungspflicht, kann aber deshalb als bloße Voraussetzung für die Unabdingbarkeitswirkung um so weniger den Abschluß der Einzelverträge ersetzen. Hier behält also die Verpflichtung der Arbeitgeberverbandspartei zur Einwirkung auf ihre Mitglieder zwecks Vornahme der Wiedereinstellung ihre selbständige Bedeutung. Die Verbindlicherklärung nach Art. I § 6 SchlVO. schafft einen Gesamt-, aber keinen Einzelvertrag.

Zunächst scheint es, als ob die Verbindlicherklärung in rechtlicher Hinsicht nur eine Parallelerscheinung, einen vom Gesetz besonders geregelten Spezialfall des § 894 ZPO. darstellt. Die Verbindlicherklärung „ersetzt" eine ganz bestimmte Willenserklärung, nämlich die Annahmeerklärung des Schiedsspruchs. Dies ist aber auch der Inhalt des § 894 ZPO., der nicht abgegebene Willenserklärungen als abgegeben fingiert. Der Unterschied ist jedoch folgender: Nach § 894 ZPO. gilt eine Willenserklärung nur dann als abgegeben, wenn der Schuldner zu ihrer Abgabe verurteilt ist. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 894 ZPO. ist also, daß eine Verpflichtung zum Vertragsschluß schon vorliegt, die durch das Urteil materielle Rechtskraft erlangt hat; denn ein solches Urteil gründet sich ja gerade darauf, daß der Schuldner schon materiell-rechtlich zur Abgabe einer Willenserklärung verpflichtet gewesen ist.

Eine Verpflichtung zum Abschluß eines Vertrages besteht aber für die Parteien auf Grund eines Schiedsspruchs überhaupt nicht. „Ein Schiedsspruch ist für die Parteien an sich nicht bindend. Es besteht kein Zwang, sich ihm zu unterwerfen. Der Schiedsspruch ist ein mit dem autoritativen und moralischen Gewicht der unparteiischen richterähnlichen

[111]) Hueck in Arbeitsrecht 24 Sp. 437.

Stelle ausgestatteter Vorschlag“ (vgl. § 5 SchlVO.) „an die Parteien sich auf der Grundlage des Schiedsspruchs zu einigen“.[112])

Durch § 894 ZPO. wird im Wege der Vollstreckung eine Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung erfüllt, während die Verbindlicherklärung eines Schiedsspruchs, da diese nur ein Vorschlag ist, vollkommen neues Recht schafft. Eine ähnliche Ansicht vertritt Dersch[113]), für den die Verbindlicherklärung zwar „konstitutiv neue Rechtsverhältnisse in bindender Form“ schafft, aber trotzdem kein Urteil ist, weil sie „auf Grund reiner Interessenabwägung, nicht in Anwendung bestehenden Rechtes“ ergeht. Durch die Verbindlicherklärung wird „neues Recht geschaffen auf Grund der aequitas. Der diktierte Vertrag ist ein staatlicher Rechtsgestaltungsakt, nicht bloß ein Akt der Vollstreckung“[114]) wie § 894 ZPO.

Der durch Verbindlicherklärung geschaffene Einzelzwangsvertrag wird nämlich von Nipperdey im Anschluß an Hedemann[115]) als eine erst in den betreffenden Verordnungen geschaffene neue Rechtsfigur, als „diktierter Vertragsschluß“ bezeichnet. Dieser stützt sich jedoch zum mindesten darauf, daß schon eine Rechtsnorm, wie sie bei der VO. vom 12. Februar 1920 im § 3 enthalten ist, eine Verpflichtung zum Vertragsschluß gebietet[116]), wenn auch der Schiedsspruch als solcher den Parteien keine Verpflichtungen auferlegt. Hier ist also der Zweck der Verbindlicherklärung die Durchsetzung der in § 3 a. a. O. enthaltenen Rechtsnorm.

Eine Verbindlicherklärung nach Art. I § 6 SchlVO. schafft dagegen, wie wir gesehen haben, erst eine Rechts-

---

[112]) Nipperdey, Kontrahierungszwang S. 120.

[113]) Dersch in NZfAR. 23 Sp. 365.

[114]) Nipperdey a. a. O. S. 128.

[115]) Hedemann S. 17, 18.

[116]) Nipperdey a. a. O. S. 123: „Erfolgt die Verbindlicherklärung, so stellt sie das Bestehen und Erfüllenmüssen der Verpflichtung des Arbeitgebers nach Maßgabe des Schiedsspruchs fest, und ersetzt die Erfüllung, d. h. die Anerkennung, daß er zum Kontrahieren unter diesen Bedingungen verpflichtet ist. Die Parallele zu der Bestimmung des § 894 ZPO. liegt auf der Hand. Hier wie dort wird die fehlende Anerkennung einer Verpflichtung, die Willenserklärung, durch einen staatlichen Hoheitsakt ersetzt“.

norm, die vielfach einen Kontrahierungszwang gebieten kann. Bei Gesamtvereinbarungen kommt also durch die Verbindlicherklärung ein „Vertrag" zustande, ohne daß den Parteien von Seiten der Rechtsordnung zuvor eine Verpflichtung auferlegt wäre. Die Verbindlicherklärung bei Gesamtvereinbarungen kann demnach auch nicht nach der herrschenden Lehre als Durchsetzung einer von der Rechtsordnung gebotenen Verpflichtung bestimmten Inhalts bezeichnet werden, sondern schafft aus sich heraus, ohne von irgend einer anderen Rechtsnorm als dem Art. I der SchlVO. selbst abhängig zu sein, in noch viel stärkerem Maße „neues Recht auf Grund der aequitas" als etwa eine Verbindlicherklärung nach § 25 der VO. vom 12. Februar 1920.

Die Verbindlicherklärung bei Gesamtvereinbarungen hat nur einen ganz umfassenden und allgemeinen Zweck, der wohl als eine der vornehmsten rechtspolitischen Aufgaben unserer Zeit überhaupt aufzufassen ist, nämlich in rechtlicher Hinsicht den Ausgleich zu schaffen zwischen individuellen und sozialen Interessen. Die Verbindlicherklärung ist hier die Synthese, wenn die These „Individualismus" der Antithese „Sozialismus" gegenübersteht.

Bei den Fällen des diktierten Vertrages im Sinne Nipperdeys erfolgt erst gar keine Verbindlicherklärung, wenn der ex lege zu einem Vertragsschluß Verpflichtete diesen Vertrag schon vorher geschlossen hat; denn damit würde auch der konkrete Zweck einer solchen Verbindlicherklärung, die Durchsetzung des Kontrahierungszwanges, hinfällig geworden sein. Erfüllt der zum Vertragsschluß Verpflichtete seine Verpflichtung aber nicht, so bleibt nichts weiter übrig, als ihm diesen Vertrag zu diktieren, nicht aber den ganzen Vertrag zu fingieren; denn „man kann die Einigung, die Verpflichtung gebieten, und kann, wenn dem Gebot nicht Folge geleistet wird, die Willenserklärung erzwingen, sie durch staatlichen Gestaltungsakt ersetzen. Die Rechtsordnung würde aber den Vertragsbegriff vergewaltigen, wenn sie statt bloßen Kontrahierungszwanges ex lege ein fertiges Rechtsverhältnis zwischen zwei Parteien befehlen und es Vertrag nennen würde. Wer den diktierten Vertrag so auffaßt, gibt den Vertragsbegriff auf. — Will man aber Ver-

träge, so muß man an dem für diese begriffswesentlichen Prinzip der Einigung festhalten“[117]).

Jedoch auch bei der Verbindlicherklärung von Gesamtvereinbarungen wird kein „fertiges Rechtsverhältnis“ befohlen. Der Schiedsspruch gibt ja gerade erst die Möglichkeit, auf konkreter Grundlage zu kontrahieren, weil sein Vorschlag erst den genau bestimmten Inhalt des von den Parteien nunmehr abzuschließenden Vertrages enthält. Der Schiedsspruch bei Einzelstreitigkeiten stützt sich allerdings auf eine Rechtsnorm, die für einen bestimmten Fall, etwa bezüglich der Wiedereinstellung von Kriegsteilnehmern, den Kontrahierungszwang gebietet. Diese Rechtsnorm dient zwar als Grundlage für den Inhalt des Schiedsspruchs, legt aber noch nicht den Inhalt für die einzelnen, auf Grund des Kontrahierungszwanges abzuschließenden Verträge fest. Dies bleibt dem Schiedsspruch vorbehalten. Dieser konkrete Inhalt des Schiedsspruchs dient erst, wenn sich die Parteien nicht einigen, als Grundlage für die künftige Verbindlicherklärung.

Dies ist aber auch bei der Verbindlicherklärung von Gesamtstreitigkeiten der Fall, da hier ebenfalls durch den Schiedsspruch der Inhalt des künftigen Vertrages bis ins Einzelne festgelegt wird. Auf Grund eines solchen Schiedsspruchs kann der Vertrag dann nach Art. I § 6 SchlVO. zum Zwecke des Ausgleichs individuellen und sozialen Interesses durch eine Verbindlicherklärung erzwungen werden; der Schiedsspruch selbst läßt sich dagegen nicht auf irgend eine Rechtsnorm zurückführen. Aber auch hier können die Parteien den Inhalt eines solchen Schiedsspruchs unmittelbar zum Inhalt ihres Vertrages machen. Es ist demnach auch der generelle Zweck, dem die Verbindlicherklärung bei Gesamtstreitigkeiten dient, durch den Schiedsspruch schon genügend konkretisiert worden. Der Hauptunterschied zwischen einem fingierten und einem diktierten Vertrage im Sinne Nipperdeys ist der, daß sich die Parteien prinzipiell einigen konnten, und daß nur dann, wenn sie sich nicht einigten, die Einigung des inhaltlich feststehenden Vertrages, aber nicht der ganze Vertrag als solcher durch die Verbindlicherklärung fingiert wird. Die Verbindlicherklärung ist

[117]) Nipperdey, Kontrahierungszwang S. 129.

aber auch bei Gesamtvereinbarungen erst die sekundäre Rechtsfolge, die durch die Nichteinigung ausgelöst wird[118]). Schon durch den Schiedsspruch wird, wie wir gesehen haben, der abzuschließende Vertrag inhaltlich festgelegt. Die Parteien mußten sich also einigen können, daß sie sich auch einigen sollten, ist für den Begriff des diktierten Vertrages m. E. nicht wesentlich. Wir können also auch bei der Verbindlicherklärung von Gesamtvereinbarungen an dem Einigungsprinzip festhalten und von einem diktierten Vertrage sprechen.

Der diktierte Vertrag dient also nicht nur zur Durchsetzung eines bereits bestehenden Kontrahierungszwanges, wie Nipperdey ausführt, sondern auch dem generellen Zweck mittels eines Zwangsvertrages einen neuen Kontrahierungszwang zu begründen.

VI.

Wenn nun aber der einzelne Arbeitgeber seine im TV. enthaltene Verpflichtung zur Einstellung nicht erfüllen will, so fragt es sich, ob dann der einzelne Arbeitnehmer einen Anspruch auf Einstellung hat. Wenn wir annehmen könnten, daß Parteien des TV. die bei seinem Abschluß durch die Verbände vertretenen einzelnen Mitglieder seien (Vertretungstheorie)[119]) oder die Verbände zugleich auch im Namen der Mitglieder den TV. abgeschlossen haben (Kombinationstheorie)[120]), so wäre damit die Frage bereits gelöst. Gerade aus der Unabdingbarkeit des TV. ergibt sich aber, daß die Vertretungs- und Kombinationstheorie nicht richtig sein kann: denn wenn die einzelnen Mitglieder der beteiligten Verbände Vertragsparteien wären, so müßten sie, so lange der TV. nicht für verbindlich erklärt worden ist, den Inhalt des für sie maßgebenden TV. bei gegenseitigem Einverständnis auch wieder ausschalten und einen dem Inhalt des TV. nicht entsprechenden Arbeitsvertrag abschließen können[121]). Im übrigen soll auf diese Frage hier nicht näher

[118]) Vgl. Nipperdey, Kontrahierungszwang S. 129.
[119]) Lotmar, Arbeitsvertrag Bd. I S. 798.
[120]) Schall in JherJhb. 52 S. 118.
[121]) Hueck, Recht des Tarifvertrages S. 69.

eingegangen werden, sondern gerade vom Standpunkt der h. L. (Verbandstheorie)[122]) aus die Frage geprüft werden, ob der einzelne Arbeitnehmer gegebenenfalls ein subjektives Recht auf Vertragsschluß hat.

1. Nach der h. L. sind aber lediglich die Verbände Vertragsparteien, so daß nur zwischen diesen durch den Tarifabschluß unmittelbare Rechte und Pflichten entstehen können.

a) Jedoch läßt es sich nach den Regeln der Verträge zugunsten Dritter ermöglichen, daß aus dem zwischen den Verbänden abgeschlossenen TV. neben dem Arbeitnehmerverband auch seinen einzelnen Mitgliedern als Dritten ein unmittelbares subjektives Recht gegeben sein kann (§§ 328, 335 BGB.). Auch bedarf es hierzu nach § 328, II BGB. keiner besonderen Bestimmung im TV.; denn sein Zweck, insoweit er einen Kontrahierungszwang gebietet, ist ja gerade der Schutz eines individuellen Interesses, nämlich der unmittelbaren Durchsetzung des Anspruchs auf Wiedereinstellung seitens des einzelnen Arbeitnehmers. Es ist deshalb auch im Sinne des § 328, II BGB., aus dem Zweck des TV. zu entnehmen, daß die Dritten (Arbeitnehmer) aus dem zwischen den Verbänden abgeschlossenen Vertrage direkt berechtigt sein sollen.

So hat auch das RG.[123]) bei einem Tarifbruch eines Arbeitnehmerverbandes entschieden. Es gibt ebenfalls den einzelnen Arbeitgebern gemäß § 328, II BGB., soweit die Tarifbestimmungen zur Wahrung ihres individuellen Interesses bestimmt gewesen sind, „ein unmittelbares Recht auf Erfüllung der darin von dem Gegenkontrahenten übernommenen Verpflichtungen und auf Schadensersatz bei deren Verletzung“[124]). Der aus dem TV. zur Einstellung verpflichtete Gegenkontrahent ist aber wiederum nur die andere TV.-Partei, also ebenfalls ein Verband, und nicht dessen einzelne Mitglieder. Der Anspruch des Arbeitnehmers bestände also nur gegen den Arbeitgeberverband als solchen[125]). Aber auch

---

[122]) Die Verbandstheorie wird von Sinzheimer „Arbeitsnormenvertrag“ Bd. I S. 68 ff. ausführlich begründet.

[123]) RG. 73 S. 105, 06.

[124]) Ebenso Oertmann, Arbeitsvertragsrecht S. 112.

[125]) Vgl. Jadesohn Bd. I S. 424.

diesem gegenüber läßt sich ein direkter Anspruch des einzelnen Arbeitnehmers auf Einstellung nicht begründen, weil nicht der Verband als solcher, sondern seine einzelnen Mitglieder die Wiedereinstellung vornehmen. Daher könnte die Wiedereinstellung auch nur von dem einzelnen Arbeitgeber verlangt werden[126]).

Es bleibt demnach nichts als ein selbständiger Anspruch des Arbeitnehmers dem Arbeitgeberverbande gegenüber[127]) zur Einwirkung[128]) auf seine Mitglieder übrig, die Wiedereinstellung vorzunehmen. Ein Anspruch auf Erfüllung hinsichtlich der Wiedereinstellung läßt sich demnach aus den Regeln der Verträge zugunsten Dritter nicht herleiten[129]). Dies wäre höchstens — allerdings mehr theoretisch — denkbar, wenn auf Arbeitgeberseite eine physische Person steht[130]). Die Möglichkeit, daß mehrere unorganisierte Arbeitgeber den TV. abgeschlossen haben, werden wir jedoch hier auszuschalten haben, da man in solchen Fällen auf Arbeitgeberseite einen ad hoc durch den Abschluß des Tarifvertrages bedingten Berufsverband wird annehmen müssen. Daß bei einem nicht rechtsfähigen Verein die einzelnen Mitglieder unmittelbar von dem TV. betroffen werden[131]), erscheint mir nicht ganz zutreffend, da sie, wie selbst Katz ausführt, den Bestimmungen des TV. nicht gesondert, sondern zur gesamten Hand unterstehen, so daß als Subjekt der Vereinbarung auch bei nicht rechtsfähigen Berufsverbänden der Verband „im Sinne der gesamthänderischen Vereinigung aller Mitglieder“[132]) anzusehen ist.

Eine andere Frage ist es, ob auch diese Einwirkungspflicht an der Unbestimmtheit der Personen scheitert, zu deren Gunsten sie besteht. Dies ist jedoch nicht anzunehmen, sofern nur die Einzelnen, zu deren Gunsten die Verbände den TV. abgeschlossen haben, objektiv bestimmbar sind[133]). Aus dem Zweck des Vertrages ist aber zu ent-

---

[126]) So Nipperdey in AR. 24 Sp. 565, 66.
[127]) Ebenso Kaskel, Tarifbruch S. 39.
[128]) Nipperdey, Beiträge S. 147.
[129]) Oertmann a. a. O. S. 59.
[130]) Vgl. hierzu Sinzheimer, Arbeitsnormenvertrag Bd. II S. 147.
[131]) Katz, Lücken S. 77.
[132]) Oertmann in Zt. f. Sozialwissenschaft X S. 12.
[133]) Oertmann a. a. O. S. 19.

nehmen, daß Dritte, die nicht den vertragschließenden Verbänden angehören, kein selbständiges Recht auf Vertragsschluß erwerben sollen, soweit sie nicht im TV. ausdrücklich benannt oder wenigstens bestimmt bezeichnet sind; denn im übrigen muß es dem Arbeitgeber überlassen bleiben, soweit er zur Einstellung tariffremder Arbeitnehmer verpflichtet ist — er hat sich etwa verpflichtet, stets eine bestimmte Anzahl von Arbeitnehmern zu beschäftigen — mit wem er im einzelnen Arbeitsverträge abschließen will.

Außerdem hatten wir bereits festgestellt, daß eine solche Pflicht des Arbeitgeberverbandes dem Tarifwillen gar nicht entsprechen würde; denn die Verbände wollen in erster Linie durch einen im TV. enthaltenen Kontrahierungszwang eine die Einstellung betreffende Verpflichtung des einzelnen Arbeitgebers und nicht nur eine Einwirkung seines Verbandes auf ihn bezüglich der Wiedereinstellung erreichen.

b) Es wäre deshalb rechtspolitisch schon mehr erreicht, wenn etwa der Arbeitnehmerverband gegen den einzelnen Arbeitgeber einen unmittelbaren Anspruch auf Wiedereinstellung hätte. Dazu müßte aber die von dem Arbeitgeberverbande durch den TV. übernommene Verpflichtung zur Einstellung — die hinsichtlich der Verbände nur als Einwirkungsverpflichtung aufgefaßt werden kann — auch für die einzelnen Arbeitgeber, deren Ermächtigung hierzu vorausgesetzt, bestehen. Dann würde die vertragliche Verpflichtung des Verbandes auch unmittelbar auf den einzelnen Arbeitgebern lasten. Ihre Ermächtigung würde sich demnach auf die Uebernahme einer Verpflichtung, und zwar aus einem Rechtsverhältnis beziehen, zu dessen Kontrahenten nicht sie, sondern die mit ihnen nicht identischen Verbände gehören und würde deshalb nicht unter den Begriff der Einwilligung oder Vollmacht fallen können[134]). Nur wenn eine solche Verpflichtungsermächtigung aber gesetzlich zulässig ist, würde sich ein auf ihr beruhender Vertrag zu Lasten Dritter ermöglichen lassen, der, zwischen den Verbänden geschlossen, die einzelnen Arbeitgeber (als Dritte) unmittelbar verpflichten kann.

---

[134]) So auch Enneccerus § 175, 1.

Nun hat das Reichsgericht[135]) in einem Falle entschieden, daß eine Eigentümerin, die einen anderen ermächtigt hatte, ihr Grundstück in seinem Namen zu vermieten, an den von diesem mit einem Dritten geschlossenen Vertrage gebunden sei. Die Eigentümerin ist zwar nicht Vertragspartei, aber sie wird Schuldnerin, der Vertrag lastet materiell auf ihr. Daß aber jemand, wenn er im eigenen Namen handelt, einen Dritten verpflichten kann, widerspricht den nach der h. L. geltenden Grundsätzen der indirekten Stellvertretung.

Die Ansicht des RG. würde es ermöglichen, daß der indirekte Stellvertreter stets — also nicht nur, wenn es die Interessenlage erfordert[136]) — die Verpflichtungen aus den von ihm im eigenen Namen abgeschlossenen Verträgen ausschalten könnte und würde damit sogar noch über die von Müller-Erzbach aufgestellten Grundsätze hinausgehen, wonach möglicherweise auch bei indirekter Stellvertretung in der Person des Vertretenen unmittelbare Rechtswirkungen entstehen können: denn der Vertrag zu Lasten Dritter ist demnach nicht nur in „wichtigen Fällen“[137]), sondern in allen Fällen eine Umgehung des Grundsatzes, daß bei der indirekten Stellvertretung nicht der Vertretene, sondern der Vertreter unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird. Wenn ich von einem Dritten ermächtigt werde, ihn zu verpflichten, so kann ich dies nach h. L. nur dadurch erreichen, daß ich nicht im eigenen, sondern im Namen des Dritten handele. Anders Enneccerus in seinem Beispiel: „A ermächtigt mich, mir auf seine Rechnung bei seinem Schneider einen Anzug zu bestellen“[138]). Die Rechtswirkung des Vertrages, so wie sie Enneccerus annimmt, daß nämlich nur A aus dem Vertrage verpflichtet und ich berechtigt sein solle, würde sich nach herrschender Auffassung höchstens dadurch erzielen lassen, daß ich den Vertrag im Namen des A und gleichzeitig zu meinen Gunsten abschlösse; jedoch niemals, wenn ich im eigenen Namen handele. Enneccerus setzt sich dadurch mit seiner eigenen, der h. L. entsprechenden Ansicht[139]) bei der mittelbaren Stellvertretung in Widerspruch.

---

[135]) RG. Bd. 80 S. 395 ff.
[136]) Müller-Erzbach in JherJhb. 53 S. 358 ff.
[137]) Nipperdey in AR. 24 Sp. 573, 74.
[138]) Enneccerus § 175 Anm. 3.
[139]) Enneccerus § 167, I.

Der Grundsatz des § 164, II BGB., daß nämlich stets der Handelnde verpflichtet wird, sofern er nicht zu erkennen gibt, daß er in fremdem Namen handelt, mag zwar, besonders bei dinglichen Geschäften außer Anwendung bleiben können, wenn der Gegenkontrahent kein Interesse daran hat, mit wem er das Geschäft abschließt[140]). Dieser Gesichtspunkt kann jedoch bei einem Tarifvertrage, noch dazu vom Standpunkt der Verbandstheorie aus, niemals in Betracht gezogen werden; denn beide Parteien wollen ja gerade, und zwar sowohl den obligatorischen als auch den normativen Teil des Tarifvertrages im eigenen Namen abschließen. Auch Flatow[141]) steht auf dem Standpunkt, daß „eine solche Vereinbarung nur zugunsten, nie zu Lasten eines Mitgliedes geschlossen werden" kann. Nach Raape[142]) ist der vom RG. entschiedene Fall überhaupt nicht als Verpflichtungsermächtigung aufzufassen. Er stellt vielmehr eine Verfügung dar[143]), deren Wirksamkeit sich aus § 185 BGB. ergeben würde. Nun haben wir aber bereits festgestellt, daß der Abschluß eines Tarifvertrages auch hinsichtlich seiner normativen Bestimmungen nicht als Verfügung angesehen werden kann, so daß sich auch aus § 185 BGB. keine unmittelbare Belastung der einzelnen Arbeitgeber ergibt.

Selbst wenn wir aber einen Vertrag zu Lasten Dritter als rechtlich zulässig annehmen wollten[144]), so würde sich daraus auch nur ein Anspruch des Arbeitnehmerverbandes gegen den einzelnen Arbeitgeber herleiten lassen. Eine Kombination beider Vertragsarten aber, welche die direkten Rechtsbeziehungen zwischen den Berechtigten und Verpflichteten begründen soll[145]), steht mit den Grundsätzen des geltenden Privatrechts in direktem Widerspruch und würde auch de lege ferenda[146]) die Rechtssicherheit des Verkehrs gefährden. Die Folge wäre nämlich, daß A und B einen Vertrag im eigenen Namen schließen können, aus dem X und Y berechtigt und verpflichtet werden könnten. Daß

[140]) Oertmann, AllgemT. zu § 164 d.
[141]) Grundzüge S. 26.
[142]) Raape in JherJhb. Bd. 71 S. 100 ff.
[143]) Nipperdey in AR. 24 Sp. 573, 74.
[144]) So früher Nipperdey, Beiträge S. 150 Anm. 99.
[145]) So Nipperdey a. a. O. S. 152, 53.
[146]) Vgl. Nipperdey in AR. 24 Sp. 573, 74.

dies eine Umwälzung unseres Rechtssystems bedeuten würde, liegt auf der Hand.

c) Wenn der Arbeitgeber aber sich seiner Organisation gegenüber der Verpflichtung zur Einstellung der einzelnen Arbeitnehmer entzieht, so kann darin noch keine gegen die guten Sitten verstoßende vorsätzliche Schadenszufügung der einzelnen Arbeitnehmer gesehen werden. Koch[147]) ist zwar insoweit zuzustimmen, als § 826 BGB. nicht notwendig ein rechtswidriges Unterlassen voraussetzt, daß vielmehr ein Verstoß gegen die Sittenordnung genügt, um in einzelnen Fällen auch einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB. zu begründen. Aber es bedeutet m. E. eine Ueberspannung dieses Gedankens, wenn, ebensowenig wie die positive Handlung gegen ein Verbotsgesetz verstoßen muß, auch nicht die Unterlassung gegen ein Gebotsgesetz, resp. einen Rechtsanspruch zu verstoßen braucht, um den Tatbestand des § 826 BGB. zu begründen. Es kann zwar eine positive Handlung gegen die guten Sitten verstoßen, auch wenn sie nicht ausdrücklich gesetzlich verboten ist, aber es kann nur ganz ausnahmsweise in der Unterlassung einer Leistung eine unerlaubte Handlung gesehen werden, wenn kein Anspruch auf ihre Erfüllung besteht. M. E. kann deshalb auch, im Gegensatz zu Nipperdey[148]), der einzige Arzt im Orte niemals ipso iure zur Hilfeleistung verpflichtet sein, weil das Unterlassen der Leistung einen Verstoß gegen § 826 BGB. begründen könnte. Dies würde gegen das Maß der Freiheit, welches das soziale Ganze dem Individuum gesetzt hat, verstoßen. Mag es auch moralisch verwerflich sein, so ist es rechtspolitisch nicht einmal wünschenswert, da es die Freiheit des Einzelnen zu stark einschränken würde.

Ich würde mich deshalb der Ansicht des LG. III Berlin (in JW. 22 S. 1733/34) insoweit anschließen, als in dem Nichtabschluß eines Vertrages jedenfalls dann kein Verstoß gegen die guten Sitten zu erblicken ist, wenn dem Nichtabschließenden gegenüber kein Anspruch auf Vertragsschluß besteht. In der Unterlassung einer Handlung kann vielmehr nur dann ein Verstoß gegen die guten Sitten liegen, wenn

---

[147]) Koch in JW. 22 S. 1734.

[148]) Kontrahierungszwang S. 98.

[149]) RGRK. zu § 826, 2.

die unterlassene Handlung einem sittlichen Gebote entsprach[149]). Daß die Einstellungspflicht aber einem sittlichen Gebote entspricht, wenn nicht besondere[150]), nicht auf die Unterlassung als solche bezügliche Momente hinzukommen, kann um so weniger behauptet werden, als nicht einmal die Verletzung bestehender Vertragspflichten schlechthin unsittlich ist[151]).

Die rechtspolitisch so äußerst wünschenswerte Lösung dieses Problemes läßt sich m. E. vielmehr daraus ableiten, daß die Verpflichtung zum Vertragsschluß nach dieseitiger Auffassung obligatorisch und normativ zugleich ist. Es ist deshalb auf einem von Nipperdey schon bei der Verbindlicherklärung von Einzelstreitigkeiten beschrittenen Wege zu prüfen, wann aus der gebietenden Norm eine obligatorische Verpflichtung wird. Ein subjektives Recht des Einzelnen auf Vertragsschluß auf Grund eines nach Art. I § 6 SchlVO. zustande gekommenen Zwangsvertrages kann sich somit niemals auf seinen schuldrechtlichen Charakter stützen.

2. Wir können also das subjektive Recht des einzelnen Arbeitnehmers, wenn überhaupt, nur aus dem normativen Charakter eines solchen Zwangsvertrages herleiten, der eine Verpflichtung zum Vertragsschluß enthält. Diese Verpflichtung stellt sich als Kontrahierungszwang dar, da sie durch eine normative Bestimmung dieses Vertrages geboten ist.

a) Der Kontrahierungszwang schafft zunächst für den Gläubiger nur eine „günstige Rechtslage“[152]), d. h. der Arbeitgeber ist wohl verpflichtet, auf Grund der Rechtsnorm den Arbeitnehmer anzustellen, aber dieser kann die Einstellung nicht selbst verlangen, er hat darum noch keinen selbständigen Anspruch auf Einstellung.

Wir hatten anfangs schon festgestellt, daß der rechtspolitische Grund für einen Kontrahierungszwang stets in dem

---

[150]) In diesem Sinne Kaskel in NZfAR. 22 Sp. 486.

[151]) RGRK. zu § 826, 5 c.

[152]) Vgl. Nipperdey a. a. O. S. 90: „Diese „günstige Rechtslage“ des künftigen Gläubigers des Vertrages ist jedoch noch nicht ohne weiteres gleichbedeutend mit einem subjektiven Recht gegenüber dem Verpflichteten. Nicht jede günstige Rechtslage gewährt dem Begünstigten eine Berechtigung; das selbständige Recht entspringt nicht notwendig als selbstverständliches Korrelat der Verpflichtung“.

von der Rechtsordnung zu berücksichtigenden sozialen Interesse gegeben ist. Dies soziale Interesse kann nun aber bestehen:

1. zugunsten vieler Einzelner. Dies war z. B. bei der Wiedereinstellung kriegsentlassener Arbeiter nach § 3 der VO. vom 12. Februar 1920 der Fall. „Hier ist die Verschaffung von Lohn und Arbeit für den einzelnen Arbeitnehmer das primär und ursprünglich Notwendige. Seine Person steht im Vordergrund. Weil der Staat die sittliche und rechtliche Pflicht hat, diesem zurückkehrenden Kriegsteilnehmer Arbeit zu verschaffen, gibt er ihm durch die Auflage des Kontrahierungszwanges an den Arbeitgeber die Stellung eines Begünstigten“[153]);

2. zugunsten der Gesamtheit als solcher. Hierher gehörte die Hilfsdienstpflicht (§ 7, III des Hilfsdienstgesetzes vom 5. Dezember 1916, RGBl. S. 1333): „Hier sollen einem kriegswichtigen Betriebe im höchsten staatlichen Interesse Arbeitskräfte zugeführt werden, damit er seinen Verpflichtungen gegenüber dem Staat (auch nach der Einziehung jetzt noch bei ihm beschäftigter Wehrpflichtiger) nachkommen kann. Aber diese Begünstigung ist nicht Selbstzweck, sie erfolgt nur, weil der Staat in der größten vaterländischen Not die Kriegsbetriebe braucht und sie daher mit Arbeitskräften versorgen muß, die Begünstigung des Arbeitgebers ist dabei eine notwendige Folgeerscheinung; der Staat denkt nicht in erster Linie an den Arbeitgeber, sondern an sich, d. h. an das ganze Volk“[154]).

Aus diesen verschiedenen Graden der Begünstigung schließt Nipperdey[155]) für die rechtliche Stellung des Begünstigten folgendes: „In den Fällen, in denen das soziale Interesse das selbständige Individualinteresse zu sich erhebt und in die vorderste Linie stellt, ist ein „subjektives Recht des Begünstigten anzunehmen. Er selbst soll das Recht

---

[153]) Nipperdey, Kontrahierungszwang S. 34.

[154]) Nipperdey a. a. O. S. 34.

[155]) Nipperdey a. a. O. S. 91, 92.

haben, für ihn soll der Anspruch bestehen, die Erfüllung der Verbindlichkeit zu verlangen".

„In den Fällen aber, in denen nur ein unselbständiges sekundäres Individualinteresse in Frage kommt, das hinter dem primären sozialen Interesse zurücktritt, in denen die Begünstigung der Gläubiger des abzuschließenden Vertrages nur eine, allerdings notwendige Begleiterscheinung des höheren Zweckes ist, besteht kein subjektives Recht des Begünstigten auf den Vertragsschluß". In solchen Fällen, wo dem Einzelnen kein subjektives Recht gegeben ist, wird „der soziale Zweck aber wirtschaftlich durch andere — meist öffentlich-rechtliche — Mittel erreicht"[156]), z. B. Bestrafung, Enteignung.

Als Begünstigte, denen ein subjektives Recht zur Durchsetzung ihres Anspruches zur Seite stand, kamen deshalb in erster Linie die zurückgekehrten Kriegsteilnehmer mit ihrem Anspruch auf Wiedereinstellung nach der VO. vom 12. Februar 1920 in Frage; denn diese VO. war gerade aus der rechtspolitischen Notwendigkeit heraus geschaffen, das individuelle Interesse der Heimgekehrten wahrzunehmen. In dem inzwischen aufgehobenen § 22 dieser EinstellungsVO. heißt es: „Für Streitigkeiten, die aus der Anwendung dieser VO. entstehen, ist der im § 15 der TVVO. vom 23. Dezember 1918 vorgesehene Schlichtungssausschuß zuständig, und zwar ausschließlich, soweit ein Anspruch auf Wiedereinstellung oder auf Fortsetzung oder Erneuerung des Dienstverhältnisses erhoben wird".

Daß nun auch der einzelne Arbeitnehmer den Schlichtungsausschuß anrufen konnte, ist nach dem bisher Gesagten ohne weiteres anzunehmen, da dem Einzelnen ein subjektives Recht auf Wiedereinstellung zustand[157]).

Nach § 20 der TVVO. sind zur Anrufung des Schlichtungsausschusses dagegen nur tarifvertragsfähige Parteien

---

[156]) Nipperdey a. a. O. S. 92.

[157]) Ebenso Nipperdey, Kontrahierungszwang S. 119/20: „Im Gegensatz zu der Vorschrift des § 20 der TVVO. kann in den Fällen der Wiedereinstellung der einzelne Arbeitnehmer den Schlichtungsausschuß angehen. Das ist notwendig; denn der Berechtigte muß in der Lage sein, selbst die erforderlichen Schritte zur Durchsetzung seines Rechts in die Wege zu leiten".

berechtigt, als Einzelpersönlichkeit also nur der Arbeitgeber, im übrigen die Arbeiter- und Angestelltenausschüsse sowie die Arbeiter- oder Angestelltenschaft eines ganzen Betriebes. Nicht aber ist der einzelne Arbeitnehmer[158]) zur Anrufung berechtigt; denn die Schließung der Tarifverträge als solcher dient in erster Linie nicht den Interessen der einzelnen Mitglieder der Verbände, sondern der Gesamtheit des Volkes. Durch ihren Abschluß sollen dauernde Arbeitskämpfe, die die Gesamtwirtschaft schädigen und unbeteiligte Bevölkerungsschichten gefährden können, vermieden werden. Erst durch den bereits abgeschlossenen TV. werden die Individualinteressen der Verbandsmitglieder berührt. Besonders deutlich tritt dieser Gesichtspunkt bei den Tarifverträgen, die die sogen. lebenswichtigen Betriebe (Gas, Wasser, Elektrizität) betreffen, in Erscheinung[159]). So lautet auch jetzt Art. I § 2. II SchlVO.: „Die Schlichter übernehmen die Schlichtung in Fällen, die für das Wirtschaftsleben von besonderer Wichtigkeit sind".

Es sind daher auch jetzt unter Parteien, die nach § 5 SchlVO. zur Anrufung der Schlichtungsausschüsse und Schlichter berechtigt sind, nur „wirtschaftliche Vereinigungen" im Sinne des § 1 SchlVO. zu verstehen, die ebenfalls vor allem tarifvertragsfähig sein müssen, bei denen es im übrigen unerheblich ist, ob es sich hierbei um rechtsfähige oder nichtrechtsfähige Vereine oder um Gesellschaften handelt[160]). Die Schiedssprüche über Gesamtstreitigkeiten werden deshalb, wie auch der Wortlaut des § 6 SchlVO. ergibt — ihre „Durchführung" muß „aus wirtschaftlichen und sozialen Gründen erforderlich" sein — im Interesse der Allgemeinheit für verbindlich erklärt.

Die einzelnen Verpflichtungen aber, die im Rahmen der durch Verbindlicherklärung zustande gekommenen Gesamtvereinbarungen für die beteiligten Verbände entstehen, haben in erster Linie Interesse für die einzelnen Mitglieder, so auch in dem erwähnten Beispiel einer nach Beendigung eines

---

[158]) Vgl. Flatow, Grundzüge S. 15.

[159]) Pick und Weigert, SchlVO. zu Art. I § 2 Nr. 4 S. 28: „Wichtige Fälle werden regelmäßig gegeben sein, wenn in die Streitsache lebenswichtige Betriebe verwickelt sind, oder ein öffentliches Interesse für die Beilegung vorliegt"; ebenso Richtlinien I, 2.

[160]) Vgl. Pick und Weigert, SchlVO. zu Art. I § 6 Nr. 10 S. 27.

Streiks geschlossenen Gesamtvereinbarung. Die Allgemeinheit hat nur ein Interesse daran, daß der Streik beendigt, die Arbeit wieder aufgenommen wird; nicht aber — oder jedenfalls nicht unmittelbar — daß auch die gleichen Arbeiter wieder eingestellt werden. Deshalb ist auch bei dem Antrag auf Verbindlicherklärung eines Schiedsspruchs nach § 23 der 2. AVO. zur SchlVO. für die einzelnen Mitglieder der als Parteien an der Verbindlicherklärung beteiligten Verbände kein Raum. Wenn aber dem Arbeitgeber in der Gesamtvereinbarung die Verpflichtung auferlegt wird, die alten Arbeiter wieder einzustellen, so besteht diese Verpflichtung nur im Interesse der Begünstigten, nämlich der einzelnen Arbeitnehmer. An der Gesamtvereinbarung selbst hat die Allgemeinheit, an dem Kontrahierungszwang dagegen, der sich aus der Gesamtvereinbarung ergeben kann, nur der einzelne Arbeitnehmer ein unmittelbares Interesse. Ein Zwangsvertrag auf Grund einer Verbindlicherklärung nach Art. I § 6 SchlVO. entsteht demnach im Interesse der Gesamtheit, eine Verpflichtung zum Vertragsschluß, die sich aus dem normativen Charakter eines solchen Zwangsvertrages ergibt, im Interesse des einzelnen Begünstigten. Dieser hat demnach einen Anspruch, ein subjektives Recht darauf, die Erfüllung des sich aus dem Zwangsvertrag ergebenden Kontrahierungszwanges zu verlangen.

Dem steht auch nicht entgegen, daß in den in Frage kommenden normativen Bestimmungen des für verbindlich erklärten Schiedsspruchs von einem subjektiven Recht des Einzelnen nichts enthalten ist[161]).

b) Der Zweck einer Verbindlicherklärung ist immer mit Hilfe des hierdurch entstehenden Zwangsvertrages einen Ausgleich zwischen individuellem und sozialem Interesse zu schaffen.

---

[161]) Nipperdey, Kontrahierungszwang S. 91: „In den Fällen des Kontrahierungszwanges mit primärer Begünstigung des Gläubigers des (erst) abzuschließenden Vertrages spricht die Präsumtion dafür, daß der Verpflichtung des Betroffenen ein subjektives Recht des Begünstigten auf den Vertragsschluß entspricht. Das subjektive Recht ist also auch dann begründet, wenn die fraglichen Rechtsnormen es nicht ausdrücklich statuieren; denn es liegt ein Rechtsschutzbedürfnis für die Gewährung des subjektiven Rechts vor".

Durch eine Verbindlicherklärung nach § 25 der VO. vom 12. Februar 1920 ist dieser Ausgleich bereits erfolgt. Hier ist durch die Tatsache der Verbindlicherklärung selbst, die, wie wir bereits gesehen haben, zur Durchsetzung eines individuellen Interesse dient, der von ihr verfolgte Zweck bereits erreicht. Die Verpflichtung zum Vertragsschluß ist durchgesetzt, die Verbindlicherklärung bildet den Schlußstein einer rechtlichen Entwicklung.

Der Zweck einer Verbindlicherklärung nach Art. I § 6 SchlVO. ist aber mit dem hierdurch zustande gekommenen Zwangsvertrag noch keineswegs erschöpft. Vielmehr bedeutet die durch Verbindlicherklärung erzwungene gesamtvertragliche Regelung nur eine Stufe der Entwicklung für den bezweckten sozialen Ausgleich. Aus dem Zwangsvertrage selbst ergeben sich nämlich erst wiederum die Rechtsnormen, denen die einzelnen Mitglieder der an dem Zwangsvertrag beteiligten Verbände unterworfen sind. Schuldrechtliche Wirkungen löst dagegen der Zwangsvertrag nur für die beteiligten Verbände, aber nicht für deren einzelne Mitglieder aus. Der Zweck einer solchen Verbindlicherklärung nach Art. I § 6 SchlVO. ist also erst errreicht, wenn die in den normativen Bestimmungen des Vertrages enthaltenen Gebote, etwa ein dem Arbeitgeber gebotener Kontrahierungszwang, auch durchgesetzt sind; dann erst ist der soziale Ausgleich geschaffen.

Wir haben nun bereits festgestellt, daß, wenn der Einzelne das stärkere Interesse an einer Verbindlicherklärung für sich in Anspruch nehmen kann, er auch selbständig die sich für ihn aus der Verbindlicherklärung ergebenden rechtlichen Vorteile erzwingen kann. Es wird sich deshalb nun fragen, welche Wege dem Einzelnen dann gegeben sind, um die zu seinen Gunsten bestehenden normativen Bestimmungen auch durchzusetzen. Wird also in einem Zwangsvertrag eine Verpflichtung zum Vertragsschluß normiert, so wären für alle diejenigen, die dadurch ein subjektives Recht auf Vertragsschluß haben, zur Durchsetzung der zu ihren Gunsten bestehenden Verpflichtung folgende zwei Wege denkbar:

1. Eine neue Verbindlicherklärung für jeden einzelnen der auf Grund dieser Gesamtvereinbarung neu zu schließenden Verträge auf Antrag des Begünstigten.

Eine solche Verbindlicherklärung würde derjenigen nach § 25 der VO. vom 12. Februar 1920 entsprechen; denn diese setzt eine im § 3 a. a. O. gegebene Verpflichtung zum Vertragsschluß zugunsten des einzelnen Kriegsteilnehmers durch, während in unserem Falle eine in der Gesamtvereinbarung — die wiederum durch Verbindlicherklärung zustande gekommen ist — enthaltene Verpflichtung zugunsten einer Einzelpersönlichkeit durchgesetzt würde.

2. Eine Klage auf Vertragsschluß im ordentlichen Rechtswege.

Zur Unterscheidung dieser beiden Möglichkeiten stellt Nipperdey, soweit dem Berechtigten beim Kontrahierungszwang ein subjektives Recht gegeben ist, „zwei große Gruppen von wirtschaftlich und rechtlich verschieden gelagerten Fällen auf, in denen die Rechtsordnung sich des Rechtsinstituts des Kontrahierungszwanges bedient, um im sozialen Interesse erforderliche Wertbewegungen zu erzielen“[162]).

Der Kontrahierungszwang dient nämlich:

1. „zur Erzielung der normalen Güterbewegung“ (Nipperdey a. a. O. § 4),

2. zur Herbeiführung einer von der Rechtsordnung verlangten anormalen Wertbewegung (Nipperdey a. a. O. § 6).

In der ersten Gruppe von Fällen gebietet der Kontrahierungszwang nur, „was ohnehin immer und normaler Weise geschieht“. Es besteht nur „ein besonders soziales Interesse daran, daß der Güteraustausch sich immer und in diesen normalen geregelten Bahnen vollzieht, daß nicht ein Rechtssubjekt das Kontrahieren verweigert und dadurch Stockungen des Rechtsverkehrs verursacht“[163]).

In der zweiten Gruppe der Fälle vollzieht sich die Güterbewegung „normaler Weise nicht oder nicht so, wie es das soziale Interesse fordert. Dieser Güterverschiebung widerstrebt der Rechtsgenosse, da sie für ihn nicht das Normale, Selbstverständliche, sondern etwas Außergewöhnliches, viel-

[162]) Nipperdey, Kontrahierungszwang S. 34.
[163]) Nipperdey a. a. O. S. 35.

leicht eine drückende Härte bedeutet. Die Rechtsordnung greift ein, verwendet den Kontrahierungszwang und drängt damit den privaten Egoismus zugunsten der Gemeinschaft zurück“[164]).

Diese Unterscheidung der beiden Gruppen erlangt nunmehr ihre praktische Bedeutung für die Frage, wodurch der Zweck der Verbindlicherklärung erreicht wird, d. h. auf welchem Wege der Begünstigte beim Kontrahierungszwang die Verpflichtung des Betroffenen zum Vertragsschluß durchsetzen kann.

Der normale und für Gruppe I in Betracht kommende Weg ist die Klage auf Abgabe der erforderlichen Willenserklärung vor den ordentlichen Gerichten[165]). „Dieser Weg ist in allen Fällen des Kontrahierungszwanges, in denen nach Gesetz oder VO. der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen ist, zu beschreiten. Wird dem Klageantrag entsprechend, der Schuldner zur Abgabe der Willenserklärung verurteilt, so gilt nach der Vorschrift des § 894 ZPO. folgendes: „Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil Rechtskraft erlangt hat“[166]).

Es kann also eine auf einen Vertragsschluß gerichtete Willenserklärung mit Hilfe des § 894 ZPO. fingiert werden.

In den Fällen der Gruppe II dagegen ist der ordentliche Rechtsweg im allgemeinen ausgeschlossen. Da „die Entscheidung von Streitigkeiten vielmehr Einigungsämtern, Schlichtungsausschüssen oder Verwaltungsbehörden übertragen ist, so kommt das Verfahren nach § 894 ZPO. hier nicht in Frage. In diesen Fällen erfolgt nun die Erzwingung der Verpflichtung vielmehr durch einen diktierten Vertrag im Sinne Nipperdeys[167]).

Wir haben nunmehr festgestellt, daß ein Kontrahierungszwang entstehen kann:

---

[164]) Nipperdey a. a. O. S. 35.

[165]) Nipperdey a. a. O. S. 94: „Das Mittel, das den normalen Güterumlauf (Gruppe I) sichern soll, ist die Klage auf Vertragsschluß“.

[166]) Nipperdey a. a. O. S. 118.

[167]) Nipperdey a. a. O. S. 118, 119.

1. aus einer rein normativen gesetzlichen Bestimmung;

2. aus einem Zwangstarifvertrage.

Die Verbindlicherklärung dient:

a) zur Verwirklichung des Kontrahierungszwanges zu 1 in den Fällen der anormalen Güterbewegung im Sinne der Gruppe II Nipperdeys;

b) zur Schließung des Zwangsvertrages zu 2 (Art. I § 6 SchlVO.).

In beiden Fällen wird durch die Verbindlicherklärung ein Vertrag, bei a) ein Einzel-, bei b) ein Gesamtvertrag diktiert.

Offen bleibt also noch die Frage, wie der sich aus dem Zwangsvertrag zu 2 ergebende Kontrahierungszwang verwirklicht wird. Es sind, wie schon oben erörtert, zwei Wege denkbar: entweder die Klage vor den ordentlichen Gerichten oder eine neue Verbindlicherklärung.

Wenn jetzt, nachdem das Wirtschaftsleben wieder in ruhigere Bahnen gelenkt ist, auf Grund eines Zwangsvertrages eine Verpflichtung zum Vertragsschluß für einen Arbeitgeber mit bestimmten einzelnen Arbeitnehmern entstanden ist, die etwa nach Beendigung eines mit Aussperrung bedrohten Streiks wieder eingestellt werden sollen, so ist ein solcher Kontrahierungszwang bei Einzelstreitigkeiten der Gruppe I der von Nipperdey[168]) unterschiedenen beiden großen Gruppen von Fällen des Kontrahierungszwanges zuzurechnen. Es handelt sich ja nicht mehr um Fälle, in denen zurückkehrende Kriegsteilnehmer und Kriegsbeschädigte wieder eingestellt werden sollen. Hier konnte man wohl sagen, der betroffene Arbeitgeber kontrahierte nur (abgesehen von moralischen Verpflichtungen), weil er unter Zwang stand.

In unserem Beispiel dagegen denken die Beteiligten — auch der Arbeitgeber — garnicht daran, sich überhaupt dem Rechtsverkehr zu entziehen und Arbeiter wieder einzustellen.

---

[168]) Nipperdey a. a. O. S. 35.

Sie wollen im eigenen wirtschaftlichen Interesse wieder Güter umsetzen, Arbeit gegen Entgelt geleistet haben, und zu diesem Zwecke Arbeitsverträge abschließen. Es handelt sich aber auch deshalb um einen Kontrahierungszwang zur Erzielung der normalen Güterbewegung, weil hier individuelles und soziales Interesse Hand in Hand gehen. Was ist wohl für den Arbeitgeber natürlicher, als einen nur eine Zeit lang durch Streik stillgelegten Betrieb mit dem hierfür geschulten und in dem Betrieb eingearbeiteten Personal wieder aufzunehmen? Hierfür besteht aber auch ein soziales Interesse, daß nämlich Stockungen im Rechtsverkehr vermieden werden und nicht erst durch Einarbeiten von neuem, ungeschultem Personal der Güterverkehr gehemmt wird. Man denke etwa, die Berliner Untergrundbahn würde fast ihr gesamtes, in einen wilden Streik getretenes Personal nach Beendigung desselben nicht wieder einstellen wollen!

Eine solche Handlungweise würde nicht nur gegen das Interesse der gesamten Bevölkerung verstoßen, sondern auch die Gesellschaft selbst schwer schädigen. Ganz anders lag es in den unmittelbaren Nachkriegsverhältnissen. Hier hatten die Betriebe, soweit sie durch den Krieg nicht zur Schließung gezwungen waren, gerade ihren Güterumsatz, besonders bei Kriegsmaterial und Lebensmitteln, vielfach erhöht und neues Personal eingearbeitet, so daß hier der betroffene Arbeitgeber mit den zurückkehrenden Kriegsteilnehmern und Kriegsbeschädigten nur kontrahierte, weil er unter Zwang stand. Hier prallten tatsächlich das soziale Interesse an der Wiedereinstellung der Zurückkehrenden und das Individualinteresse der Arbeitgeber aufeinander.

Ein wie sicheres Indiz aber Nipperdey für die Beurteilung der Frage bietet, welcher Weg für den Berechtigten zur Durchsetzung seines Anspruchs auf Vertragsschluß in Betracht kommt, zeigt gerade dieses Beispiel. Die praktische rechtliche Entwicklung ist auch hier den Weg gegangen, der von Nipperdey 1920 theoretisch in seinen Grundlagen festgelegt worden ist. In dem erwähnten Beispiel der Wiedereinstellung ausgesperrter Arbeitnehmer wäre jetzt in Streitfällen nach Art. II § 1 Ziff. 1 SchlVO. nicht mehr der Schlichtungsausschuß, sondern in Verbindung mit Art. II § 2 a. a. O. das Gewerbegericht ausschließlich zuständig. Der ordentliche Rechtsweg ist also heute bei solchen Einzelstreitig-

keiten infolge der ausschließlichen Zuständigkeit der Arbeitsgerichte nicht nur möglich, sondern der allein gebotene. Damit entfällt aber zugleich die Voraussetzung einer Verbindlicherklärung solcher Entscheidungen durch den Demobilmachungskommissar[169]). Der Nipperdey'sche Grundsatz — es handelt sich, wie wir festgestellt haben, im heutigen Wirtschaftsleben um einen Kontrahierungzwang zur Erzielung der normalen Güterbewegung — ist also richtig: Die Streitigkeit wird nicht mehr von einem Ausschuß geschlichtet, sondern vom Gericht entschieden[170]).

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß auch die Einstellungspflicht, als Kontrahierungszwang aufgefaßt, im Wege der Klage vor den Arbeitsgerichten von dem einzelnen Arbeitnehmer dem einzelnen Arbeitgeber gegenüber geltend gemacht werden kann, vorausgesetzt, daß ein schuldrechtlicher Anspruch auf Einstellung vorhanden ist. Dieser soll nun im folgenden nachgewiesen werden.

Abgesehen davon, daß der Arbeitgeber die Einstellungen, zu denen er verpflichtet ist, grundlos verweigert, kann eine solche Streitigkeit aus folgenden zwei Gesichtspunkten entstehen: Entweder der Arbeitgeber behauptet, daß er dem den Vertragsschluß beanspruchenden Arbeitnehmer gegenüber deshalb nicht zum Vertragsschluß verpflichtet sei, weil die Normen, die ihm den Abschluß von Einzelarbeitsverträgen gebieten, auf den streitigen Fall nicht anwendbar sind. Oder er behauptet die Nichtigkeit des durch Verbindlicherklärung entstandenen Zwangsvertrages überhaupt.

In diesem letzteren Falle fragt es sich, wieweit sich das richterliche Prüfungsrecht erstrecken kann. Der Richter wird die materiellen Gesichtspunkte, die die Verbindlicherklärung haben begründet erscheinen lassen, nicht mehr nachzuprüfen haben, sondern die Prüfung der Gültigkeit der Verbindlicherklärung nur auf das formale Zustandekommen des Zwangsvertrages zu beschränken haben. So hat er insbesondere nicht die tatsächlichen Voraussetzungen der Verbindlicherklärung nach Art. I § 6 SchlVO., also die Billigkeit des Schiedsspruchs nachzuprüfen und ebensowenig das Vorliegen

---

[169]) Kaskel, Neuerungen S. 8, 9.
[170]) Ebenso Urteil des GewGer. Leipzig in SchlW. 1924 S. 103.

des wichtigen Falles oder des öffentlichen Interesses nach § 12, I, 2, § 23, 2 der AVO. 2 zur SchlVO.[171]). Dagegen unterliegen der richterlichen Prüfung Verfahrensmängel, die die Nichtigkeit der Verbindlicherklärung nach öffentlichem Recht begründen, wie die Verbindlicherklärung der örtlich oder sachlich unzuständigen Behörde oder, wenn die Parteien vor dem Ausspruch der Verbindlicherklärung nicht gehört worden sind.

VII.

Wir haben bisher festgestellt, daß das durch die Verbindlicherklärung zustande gekommene Rechtsverhältnis auch einen obligatorischen Vertrag mit schuldrechtlichen Wirkungen darstellt. Gelingt der Versuch des Schlichters, den Abschluß einer Gesamtvereinbarung herbeizuführen, nicht, kommt es also zu einer Verbindlicherklärung, so wird, wie wir gesehen haben, die Einigung fingiert, ohne daß dadurch der rein schuldrechtliche Charakter des entstehenden Vertrages geändert würde. Es wird aber zu untersuchen sein, ob überhaupt ein Kontrahierungszwang ex lege mit dem auf freier Willensübereinstimmung der beiden Kontrahenten beruhenden Wesen des Vertrages vereinbart ist. Der Vertrag ist grundsätzlich ein Institut des Privatrechts. Kann deshalb überhaupt solch ein Zwangsvertrag noch als Vertrag im privatrechtlichen Sinne bezeichnet werden oder ist nicht vielmehr das ganze Rechtsverhältnis nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen zu behandeln?

Es ist deshalb zunächst zu prüfen, welche Unterschiede zwischen einem gewöhnlichen obligatorischen Vertrage und diesem durch Verbindlicherklärung zustande gekommenen Rechtsverhältnis bestehen.

1. Vor allem setzt eine Verbindlicherklärung voraus, daß der Inhalt des durch sie herbeigeführten Zwangsvertrages durch den ihr voraufgehenden Schiedsspruch bis ins Einzelne festgelegt ist. Kommt es deshalb überhaupt beim Abschluß einer Gesamtvereinbarung bis zu einem Schieds-

[171]) Vgl. Flatow und Joachim, SchlVO. zu § 25 der AVO. 2 Anm. 6 S. 145, 146; ebenso schon Sitzler „Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten“ S. 84.

spruch im Sinne des Art. I § 5, IV SchlVO., so wird dadurch die Vertragsfreiheit im engeren Sinne für die Parteien beschränkt; denn sie können nun auch nicht mehr die Inhaltsnormierung des abzuschließenden Vertrages im Einzelnen selbständig vornehmen. Der Schiedsspruch wird, wenn er für verbindlich erklärt ist, zum Vertragsinhalt des Gesamt-Zwangsvertrages.

Dies war jedoch auch vor Inkrafttreten der SchlVO. bei einem unter Kontrahierungszwang abzuschließenden Einzelzwangsvertrage der Fall, wenn sich die Parteien nicht einigen konnten. Wie oben schon dargelegt, hat dagegen eine Verbindlicherklärung bei Gesamtvereinbarungen zunächst keinen Kontrahierungszwang zur Voraussetzung. Es würde aber auch den rechtspolitischen Absichten eines Kontrahierungszwanges widersprechen, wenn der durch den Kontrahierungszwang Betroffene den konkreten Inhalt des abzuschließenden Vertrages selbst bestimmen könnte. Der zum Vertragsschluß Verpflichtete wird nämlich in dem einmal entstandenen Vertrage regelmäßig auch die seinen Verpflichtungen entsprechenden Rechte für sich in Anspruch nehmen können; insbesondere beim Arbeitsvertrage die der entgeltlichen Anstellung entsprechende Arbeitsleistung. Dem rechtspolitischen Sinn des Kontrahierungszwanges ist aber damit noch nicht Genüge geschehen, daß nur die Verpflichtung aus dem Kontrahierungszwang, nämlich der Abschluß eines nur in den Grundzügen feststehenden Vertrages mit dem Begünstigten erfüllt wird, unbeschadet der in dem Vertrage entstehenden Rechte und Pflichten. Zumeist wird gerade der durch den Kontrahierungszwang Betroffene als der wirtschaftlich Stärkere angesehen werden müssen; denn gerade der Kontrahierungszwang im Arbeitsrecht dient ja dazu, daß der Allgemeinheit durch allzu starke Machtentfaltung privatwirtschaftlicher Unternehmungen, denen dann im sozialen Interesse ein Kontrahierungszwang auferlegt wird, kein Schaden erwachse. Würde aber dem durch den Kontrahierungszwang Betroffenen die Möglichkeit gegeben sein, ohne seine Verpflichtung zum Abschluß des Vertrages zu verletzen, doch den entstehenden Vertrag als solchen so zu gestalten, daß sein Inhalt infolge seiner wirtschaftlichen Machtstellung ihm über seine Verpflichtungen hinausgehende und diesen nicht entsprechende Rechte gewährt, so wäre damit der ganze Sinn und Zweck des Kontrahierungszwanges hinfällig. Der durch

den Kontrahierungszwang Begünstigte darf aber ebensowenig zum Schaden des Betroffenen seinen Einfluß auf die einzelnen Rechte und Pflichten bei der inhaltlichen Gestaltung des entstehenden Vertrages geltend machen können. Es ist deshalb eine rechtspolitische Notwendigkeit, daß der Inhalt der unter Kontrahierungszwang abzuschließenden Verträge, wenn sich die Parteien nicht einigen können, von dritter Seite bis ins Einzelne festgelegt wird, wie dies im Schiedsspruch geschieht[172]).

2. Auch bei der Verbindlicherklärung von Gesamtvereinbarungen, die sich auf keinen Kontrahierungszwang stützen, können wir in vielen Fällen von einer Partei als der Betroffenen sprechen. „Betroffen" ist stets die Partei, der de facto gegen ihren Willen ein Vertrag aufgezwungen wird, mag sie nun von der Rechtsordnung dazu verpflichtet sein oder nicht. Als „betroffen" ist deshalb bei der Verbindlicherklärung von Gesamtstreitigkeiten im allgemeinen nur die Partei anzusehen, die den Schiedsspruch nicht angenommen hat. „Das Verfahren auf Verbindlicherklärung eines Schiedsspruchs setzt regelmäßig den Antrag einer Partei voraus, die den Schiedsspruch angenommen hat" (AVO. 2 SchlVO. § 23).

Durch den Schiedsspruch wird, ohne daß die Abschlußfreiheit für die Parteien durch einen Kontrahierungszwang bereits beschränkt wäre, nur festgelegt, daß, wenn sich die Parteien in einer bestimmten Streitigkeit überhaupt einigen sollten, sie sich dann, dem Inhalt des Schiedsspruchs gemäß, einigen müssen. Durch die Annahme dieses Schiedsspruchs von Seiten einer Partei erklärt diese damit ihre Bereitwilligkeit zu einem Vertrage, dessen Inhalt in dem Schiedsspruch

---

[172]) Nipperdey a. a. O. S. 31: „Der Kontrahierungszwang setzt voraus, daß der Inhalt des Vertrages, den der unter Kontrahierungszwang Stehende einzugehen hat, bestimmt oder von dritter Seite zu bestimmen ist, und zwar gilt das selbstverständlich für Leistung und Gegenleistung. Die Beschränkung der Vertragsfreiheit im engeren Sinne durch Inhaltsnormierung ist hier ausgesprochen positiven Charakters. Es ist nicht, wie sonst bei der Begrenzung der Vertragsfreiheit nur negativ bestimmt, was nicht vereinbart werden darf (vgl. z. B. §§ 138, 134 BGB.): sondern die gegenseitigen Leistungen sind nach ihrem positiven Inhalt festgelegt. Jedenfalls schließt der Kontrahierungszwang, der die Abschlußfreiheit beseitigt, auch die Vertragsfreiheit im engeren Sinne im Konfliktsfalle notwendigerweise aus".

enthalten ist. Der Schiedsspruch ist in diesem Falle nicht nur eine rechtspolitische, sondern auch eine logische Notwendigkeit.

Die normative Bestimmung, die den Kontrahierungszwang bei Einzelverträgen gebietet, bestimmt wenigstens für die Parteien einen Vertragstypus, dem der Inhalt des Zwangsvertrages nun auch entsprechen muß; der Schiedsspruch bietet deshalb hier nur die genauere konkrete Formulierung des Vertragsinhalts für den Einzelfall. Bei Gesamtstreitigkeiten ist dagegen der Schiedsspruch nicht nur die letzte endgültige, sondern auch die einzige Darstellung dessen, welche einzelnen Rechte und Pflichten für die Parteien durch die künftige Verbindlicherklärung entstehen können. Nur durch den Schiedsspruch wird es ermöglicht, daß zunächst eine Partei ihr Einverständnis zu einem genau bestimmten Vertrage geben kann, zu dem die andere Partei vielleicht in keiner Weise die Hand bieten will, so daß eine Klarstellung des Vertragsinhalts unmöglich ist.

Die Inhaltsnormierung ist also für jeden Zwangsvertrag unerläßlich, bevor er überhaupt abgeschlossen werden kann.

3. Bei der Frage nach der privatrechtlichen Natur des Zwangsvertrages müssen wir aber in erster Linie von solchen Zwangsverträgen ausgehen, die einen Kontrahierungszwang ex lege zur Voraussetzung haben. Gerade in diesen Fällen schließen die Parteien den Vertrag auch dann nicht freiwillig, wenn sie ihn ohne weiteren Zwang selbständig zum Abschluß gebracht haben, weil sie ihn ja auf Grund der ex lege bestehenden Verpflichtung geschlossen haben. Selbst wenn es also nicht einmal zu einem Schiedsspruch oder gar zu einer Verbindlicherklärung gekommen ist, schließen die Parteien den Vertrag nicht aus freien Stücken, sondern, weil sie von der sich aus dem Gesetz ergebenden Verpflichtung dazu gezwungen worden sind.

Letzten Endes werden wir nicht umhin können, den Kontrahierungszwang und den aus ihm entstehenden Zwangsvertrag als ein unmittelbar zusammenhängendes Rechtsinstitut, als Ganzes, aufzufassen. Für die wissenschaftliche Darstellung ist es jedoch notwendig, die einzelnen Bestandteile näher zu betrachten und von diesen auszugehen.

Welche Bedeutung hat nun die Rechtsnorm, die den Vertragsschluß gebietet, also die obligatio ex lege für den Zwangsvertrag?

Nach Nipperdey ist der Kontrahierungszwang ex lege von den auf den Vertragsschluß gerichteten Willenserklärungen der beiden Kontrahenten scharf zu trennen. Der durch den Kontrahierungszwang Verpflichtete ist nur durch die Rechtsnorm zum Vertragsschluß gezwungen, eine obligatorische Bindung entsteht für ihn zunächst nicht[173]). Die Verpflichtung zum Vertragsschluß oder nach Nipperdey[174]) die „Verpflichtung sich zu verpflichten" ist nur Bestandteil der Rechtsnorm und löst deshalb an sich noch keine obligatorische Bindung des von dem Kontrahierungszwang Betroffenen aus. Dies ist aber deshalb so wesentlich, weil sich daraus ergibt, daß beim Zustandekommen des Zwangsvertrages als solchem die Verpflichtung ex lege keine Rolle spielt. Der Zwangsvertrag bleibt also genau der gleiche, ob er nun durch einen Kontrahierungszwang veranlaßt worden ist oder nicht. Es kann somit, von der Verbindlicherklärung zunächst abgesehen, ein Zwangsvertrag, der auf einem Kontrahierungszwang beruht, überhaupt erst dann zustande kommen, wenn der von dem Kontrahierungszwang Betroffene selbst anerkennt, daß er zum Vertragsschluß gesetzlich verpflichtet sei; denn dadurch erklärt er, daß die ihm bisher nur von der Rechtsordnung gebotene Verpflichtung zum Vertragsschluß nun auch mit seinem eigenen Willen einem bestimmten Gläubiger gegenüber bestehen soll. Diese Anerkennung löst die ersten persönlichen Rechtsbeziehungen zwischen Betroffenem und Begünstigtem aus.

Es bleibt aber noch zu fragen, wodurch diese Anerkennung von dem Betroffenen gefordert werden kann. Hierzu

---

[173]) Nipperdey, Kontrahierungszwang S. 28: „Das Wesen des obligatorischen Vertrages liegt in der Erklärung des Verpflichtungswillens eines oder beider Kontrahenten und in der Einigung darüber. Die Erklärung des Verpflichtungswillens wird beim Kontrahierungszwang nicht etwa ersetzt durch die Rechtsnorm, die ihn ja erst fordert".

[174]) Nipperdey a. a. O. S. 87: „Da die obligatio ex lege den unter Kontrahierungszwang Stehenden verpflichtet, einen Vertrag einzugehen, und da aus diesem Vertrag für ihn Verpflichtungen entstehen, so haben wir eine „Verpflichtung" sich zu verpflichten, vor uns".

ist nach Nipperdey[175]) eine Willenserklärung des Berechtigten oder einer im öffentlichen Interesse tätigen amtlichen Stelle, eine Aufforderung, ein Verlangen, ein Antrag erforderlich. „Diese Willensäußerung des Berechtigten erzeugt nicht erst die Verpflichtung des Schuldners: denn diese besteht schon vorher ex lege, aber sie ist die Bedingung, unter der die Wirkung der Verpflichtung des Schuldners eintritt . . . Die Verpflichtung wird zur aktuellen Verpflichtung"[176]). Dann erst erlangt der bisher nur von der Rechtsordnung Begünstigte die Stellung eines Gläubigers, der Betroffene die eines Schuldners des auf Abschluß eines Vertrages gerichteten einseitigen Schuldverhältnisses. Sowohl dem Begünstigten muß es jedoch überlassen bleiben, ob er sich der ihm von der Rechtsordnung gebotenen günstigen Rechtslage auch bedienen will, als auch dem von Amts wegen tätigen Organ die Beurteilung, ob es öffentliches Interesse für vorliegend erachtet. Erfolgt deshalb keine solche Aufforderung usw., so ist der Betroffene auch nicht zu dieser Anerkennung verpflichtet.

4. Bei einem Vertrage auf Grund von Art. I SchlVO., der also nicht auf einem Kontrahierungszwang beruht, hat nun die Annahme des Schiedsspruches nach § 5, IV SchlVO. in rechtlicher Hinsicht die Bedeutung einer solchen Anerkennung. Diese Gesamtvereinbarungen tragen den Charakter eines Zwangsvertrages nur deshalb, weil sie durch eine Verbindlicherklärung erzwungen werden können; denn eine gesetzliche Verpflichtung zum Vertragsschluß besteht ja nicht. Kommt ein solcher Vertrag zustande, ohne daß eine Verbindlicherklärung nötig wird, so ist der Zwang zwar nicht zur Anwendung gekommen; aber die drohende Verbindlicherklärung stand hinter den Parteien, als sie den Vertrag abschlossen. Es ist eigentlich der typische Fall des Zwangs„vertrages". Hätten sich die Parteien nicht freiwillig geeinigt, so wäre die Verbindlicherklärung zum Zuge gekommen. Nach Dersch[177]) birgt vielmehr der unverbindliche Sach-Schiedsspruch „in sich auch einen latenten aufschiebend bedingten Kontrahierungszwang, nämlich für den Fall der späteren Verbindlicherklärung. Der Schiedsspruch

[175]) Nipperdey a. a. O. S. 100.
[176]) Nipperdey a. a. O. S. 100.
[177]) Dersch in NZfAR. 1923 Sp. 290 u. Sp. 366.

schafft also neues, aufschiebend bedingtes Recht“[178]). In Wirklichkeit sind die Parteien also auch bei Abschluß dieses Vertrages, der zwar keinen Kontrahierungszwang zur Voraussetzung hatte, aber bei Nichteinigung ebenfalls eine Verbindlicherklärung zur Folge hätte haben können, nicht frei gewesen. In diesem Falle dient, wie schon erwähnt, die Verbindlicherklärung nicht zur Durchführung eines Kontrahierungszwanges, sondern schafft selbständig zum Zwecke sozialen Ausgleichs einen Rechtszwang zum Kontrahieren.

Die Erklärung des Verpflichtungswillens zum Vertragsschluß, die in der Annahme des Schiedsspruchs zu erblicken ist, ist bei einer solchen, sich auf keinen[179]) Kontrahierungszwang stützenden Gesamtvereinbarung zwar nicht die Anerkennung einer Verpflichtung ex lege; aber doch einer durch die Inhaltsnormierung des Schiedsspruchs geschaffenen Verpflichtung zur Einschränkung des von den Parteien sonst frei zu gestaltenden Vertragsinhalts auf der Basis des Schiedsspruchs, falls die Parteien einen solchen Vertrag schließen wollen. Während der Schiedsspruch bei einem vorhandenen Kontrahierungszwang diesen nur konkretisiert, bedeutet er hier die Einengung der Vertragsfreiheit selbst. Die Parteien werden durch den Schiedsspruch zwar nicht zum positiven Handeln ex lege verpflichtet, weil kein Kontrahierungszwang für sie besteht; aber, wenn sie handeln, d. h. einen Vertrag schließen wollen, so ist ihnen dafür durch den Schiedsspruch schon ein positiver Inhalt vorgeschrieben. Wenn die Parteien also einen solchen Schiedsspruch anerkennen, so erklären sie damit ihren Willen dahingehend, daß sie einen Vertrag gerade des Inhalts schließen wollen, wie er ihnen im Schiedsspruch vorgeschrieben wurde.

Da bei einer Gesamtvereinbarung vor Erlaß des Schiedsspruchs aber keine Verpflichtung ex lege auf Abschluß des Vertrages besteht, so erübrigt sich hierbei die Streitfrage, ob etwa die Willenserklärung der einen Partei durch eine Rechtsnorm, die die Verpflichtung zum Vertragsschluß gebietet, ersetzt werden könne, und dann nur durch die Erklärung der anderen Partei, daß sie den Vertrag schließen wolle, dieser schon zustande gekommen sei. Hier handelt es sich unter

[178]) a. A. Nipperdey, Beiträge S. 101.
[179]) Ebenso Nipperdey a. a. O. S. 100.

allen Umständen zunächst um das Zustandekommen eines Normenvertrages, der allerdings infolge seiner Doppelnatur auch selbst wiederum als Rechtsnorm eine Einstellungsverpflichtung enthalten kann, die dann für die betroffenen Mitglieder der vertragschließenden Verbände einen Kontrahierungszwang darstellen.

Daß eine bei Nichteinigung der Parteien möglicherweise erfolgende Verbindlicherklärung auf den rein schuldrechtlichen Charakter des entstehenden Vertrages keinen Einfluß hat, weil auch die obligatorischen Teile von der Verbindlicherklärung betroffen werden, ist bereits oben erörtert worden.

Auch hier ist wiederum die Anerkennung einer Verpflichtung, nämlich die Annahme des Schiedsspruchs, von einer Willensäußerung des Berechtigten oder einer amtlichen Stelle abhängig. Zunächst einmal findet das Schlichtungsverfahren überhaupt, auch soweit es sich um eine nur unverbindliche Hilfeleistung gemäß Art. I § 3 SchlVO. handelt, erst statt, wenn es durch die Willensäußerung der einen Partei oder bei Vorliegen öffentlichen Interesses von Amts wegen eingeleitet worden ist[180]), nur mit dem Unterschied, daß hier beide Parteien in gleicher Weise das Verfahren durch Anrufung des Schlichtungsausschusses einleiten können; denn der abzuschließende Vertrag stützt sich ja nicht auf einen Kontrahierungszwang, der etwa eine Partei zum Vertragsschluß verpflichtet, so daß nur die andere Partei berechtigt wäre, den Schlichtungssausseuß anzurufen. Das Schlichtungszwangsverfahren beginnt sodann latent bereits mit der Verhandlung vor der Schlichtungskammer gemäß Art. 1 § 5, III SchlVO., die den Schiedsspruch fällt. Dieser kann jedoch immer noch freiwillig von beiden Parteien angenommen werden. Es kann deshalb vor der Annahme des Schiedsspruchs durch eine der beiden Parteien keine Partei als die betroffene angesehen werden; vielmehr kann sowohl jede „wirtschaftliche Vereinigung" im Sinne des § 1 SchlVO. als auch der einzelne Arbeitgeber Ansprüche erheben, die auf den Abschluß der Gesamtvereinbarung gerichtet sind und aus diesem Grunde den Schiedsspruch annehmen und nach § 23 AVO. 2 zur

---

[180]) Vgl. Art. I § 5, I SchlVO. i. Verb. m. § 12, I und § 40, II AVO. 2 zur SchlVO.

SchlVO. die Verbindlicherklärung des Schiedsspruchs beantragen.

Hieraus ergibt sich, daß die Annahme des Schiedsspruchs von Seiten einer Partei rechtlich weit mehr bedeutet als nur einem Vertragsantrage[181]) entpräche. Denn einmal ist der Antragende selbst nur für eine bestimmte Zeit gemäß § 147 BGB. an seinen Antrag gebunden und kann sodann das Gebot beliebig erhöhen oder verringern oder auch ganz zurückziehen. Im übrigen aber ergibt sich aus einem Vertragsantrage kein Recht, auch kein aufschiebend bedingtes Recht gegenüber der anderen Partei auf Vertragsschluß, das, wie wir gesehen haben, durch den Schiedsspruch bereits entstanden ist. Durch die einseitige Annahme des Schiedsspruches wird demnach schon ein aufschiebend bedingtes Forderungsrecht erzeugt, inhalts dessen derjenige, der den Schiedsspruch angenommen hat, wenn er den Antrag auf Verbindlicherklärung stellt, von dem anderen Teil die Anerkennung verlangen kann, daß dieser zum Vertragsschluß verpflichtet ist.

Jedoch wird man m. E. mit Nipperdey den Antrag auf Verbindlicherklärung für den Zeitpunkt des Eintritts der aufschiebenden Bedingungen anzusehen haben, und nicht erst im Sinne Derschs die Verbindlicherklärung selbst. Wenn aber bereits durch den Antrag auf Verbindlicherklärung die bis dahin aufschiebend bedingte Verpflichtung zum Vertragsschluß entstanden ist, dann dient auch die Verbindlicherklärung bei Gesamtvereinbarungen ebenso wie bei den von Nipperdey anerkannten Fällen des Kontrahierungszwanges ebenfalls zu seiner Durchsetzung. Auch hier wurde bereits durch den Antrag auf Verbindlicherklärung die aufschiebend bedingte Verpflichtung zur aktuellen Verpflichtung. In diesem Falle können wir dann von einem diktierten Normenvertrage sprechen.

5. Nun haben wir bereits festgestellt, daß die Verbindlicherklärung den im Zwangsvertrage enthaltenen Kontrahierungszwang nicht mit umfaßt. Die übrigen Normen sind

---

[181]) So Dersch in NZfAR. 23 Sp. 365: „Hiernach stellt die Annahmeerklärung des sich weigernden Teils den Vertragsantrag, die Verbindlicherklärung die Vertragsannahme dar".

durch die Verbindlicherklärung in Verbindung mit der Unabdingbarkeitswirkung bereits durchgesetzt. Die Norm des im Zwangsvertrage enthaltenen Kontrahierungszwanges — d. h. das Gebot zur Einstellung — ist aber ebenfalls bereits durch den Antrag auf Verbindlicherklärung zu einer unbedingten schuldrechtlichen Verpflichtung zum Vertragsschluß geworden, und zwar direkt aus ihrem Charakter als normative Bestimmung des TV., der Einstellungspflicht selbst, nicht aus der ihr innewohnenden Einwirkungspflicht, die nur die Verbändet bindet. Es fehlt ihr nur noch an der Durchsetzung. Das Gebot zur Einstellung wurde in eine Verpflichtung zur Einstellung überführt, und da das Gebot nach dem TV.-Willen an die einzelnen Arbeitgeber erging, wurde es zu einer schuldrechtlichen Verpflichtung des einzelnen Arbeitgebers. Da weiterhin die Einstellungspflicht des Arbeitgebers, wie bereits festgestellt, Individualinteressen der Arbeitnehmer schützen soll, so haben diese ein subjektives Recht auf Einstellung, das im Wege der Klage auch durchgesetzt werden kann, weil nunmehr eine schuldrechtliche Verpflichtung des einzelnen Arbeitgebers zur Einstellung besteht.

Dies führt uns auch zu einem rechtspolitisch durchaus befriedigenden Ergebnis. Kommt der TV. nämlich ohne Zwang zustande, so würden die Verbände von selbst die von ihnen freiwillig übernommene Einwirkungspflicht auch mit allen Kräften durchzusetzen bemüht sein. In den Fällen aber, in denen der einen Arbeitskampf beendende TV. nur zwangsweise zustande gekommen ist, etwa die Arbeitgeber mit dem Zwangsvertrage unzufrieden sind, können infolge der Verbindlicherklärung die einzelnen Arbeitnehmer von dem hierzu nunmehr auch schuldrechtlich verpflichteten Arbeitgeber die Einstellung im Klagewege verlangen.

Von einem unter Kontrahierungszwang zustande gekommenen Vertrag sprechen wir dann, wenn der Zwang schon bei Abschluß des Vertrages vorhanden ist und nur die Ausübung des Zwanges nachfolgt, wenn sich die Parteien nicht geeinigt haben. Ebenso gut kann aber auch bei Nichtzustandekommen des Vertrages der Zwang selbst nachfolgen, so daß er an sich bei einem freiwillig erfolgten Vertragsschluß nur angedroht, nicht vorhanden ist; dann ist der Vertrag als solcher ohne Kontrahierungszwang zustande ge-

kommen. Wir haben jedoch bereits festgestellt, daß man von einem Zwangsvertrag nicht nur dann sprechen kann, wenn eine gesetzliche Verpflichtung zu seinem Abschluß besteht, sondern auch, wenn zwar eine solche Verpflichtung nicht besteht, aber sein Abschluß dennoch, falls er nicht freiwillig erfolgt, durch eine Verbindlicherklärung erzwungen werden kann. Der Zwangscharakter des Vertrages kann deshalb für seine rechtliche Beurteilung allein nicht maßgebend sein. Vielmehr ist der Grund des Zwanges von dem Eingehen des Vertrages an sich hierbei zu trennen.

Wir werden uns deshalb auch insofern der Nipperdeyschen Ansicht anschließen können, als das Eingehen eines Zwangsvertrages „seinem Kern nach in jedem Fall privatrechtlich ist", und zwar nicht nur dann, wenn der Zwang beim Vertragsschluß nur als Möglichkeit angedroht ist, sondern gerade auch in den Fällen, wenn dieser Zwang schon bei Vertragsschluß vorhanden ist, also ein Kontrahierungszwang besteht. Beim Kontrahierungszwang „geht die Verpflichtung des Betroffenen dahin, einen Vertrag bestimmten oder von unparteiischer Seite zu bestimmenden Inhalts abzuschließen; d. h. die seinerseits zum Zustandekommen des Vertrages erforderlichen Handlungen vorzunehmen. Der Vertrag aber ist grundsätzlich eine Figur des Privatrechts"[182]).

Eine andere Auffassung entwickeln dagegen Stampe und Fürst, die annehmen, daß gegenüber dem unter Kontrahierungszwang Stehenden schon die einseitige Erklärung des Berechtigten, daß er den Vertrag schließen wolle, genüge, um den Vertrag zustande zu bringen[183]). Sie geben demnach dem zweifellos auch objektiv-rechtlichen Charakter der normativen Bestimmungen, die die Verpflichtung zum Vertragsschluß für den Betroffenen gebietet[184]), zugleich schuldrechtliche Wirkung, und zwar von der rechtspolitisch durchaus richtigen Auffassung aus, daß, „wenn der Zwang nicht

---

[182]) Nipperdey, Kontrahierungszwang S. 87.

[183]) Stampe in Arch. f. ziv. Pr. Bd. 108 S. 68.

[184]) Nipperdey a. a. O. S. 86: „Da Verträge nach privatrechtlichen Grundsätzen, ohne Zwang zum Abschluß, kontrahiert werden, kann man sagen, daß diese Verpflichtung ihrer Wurzel nach öffentlich-rechtlich ist". Diese „Wurzel" der Verpflichtung ist aber die Rechtsnorm, die den Vertragsschluß gebietet.

nur auf dem Papiere stehen soll, dem ihm etwa entgegen stehenden Willen die rechtliche Beachtung versagt werden muß“[185]). Es war aber gerade die Frage, ob eine ähnliche Auffassung überhaupt und möglicherweise aus welchen rechtlichen Erwägungen heraus sich ableiten ließ. Noch viel weiter geht v. Tuhr[186]), nach dem die obligatio ex lege anstatt auf Vertragsschluß schon direkt auf Leistung geht. v. Tuhr nimmt deshalb auch konsequenterweise gar keinen Kontrahierungszwang, sondern einen Quasikontrakt an. Diese Folgerung müßten jedoch auch Stampe und Fürst aus ihren Ansichten ziehen; denn auch diese stehen zu dem selbst bei der Verbindlicherklärung aufrecht erhaltenen Einigungsprinzip, das für die Kennzeichnung eines privatrechtlichen Vertrages allein ausschlaggebend ist, in schroffem Widerspruch.

Nipperdey[187]) kommt deshalb zu dem Ergebnis, daß die Verpflichtung zum Vertragsschluß „ihrer Wurzel nach im allgemeinen als eine öffentlich-rechtliche, ihrem Gegenstand nach als eine privatrechtliche Verpflichtung aufzufassen sei: als Ganzes kann sie als eine Verpflichtung besonderer Art, als eine publizistisch-zivilistische Verpflichtung angesprochen werden“. Für die vorliegenden Ausführungen, die gerade die entstehenden privatrechtlichen Beziehungen zwischen den einzelnen Parteien zum Gegenstand haben, ist deshalb das auf den Abschluß eines Vertrages gerichtete Schuldverhältnis allein maßgebend und nicht die öffentlich-rechtliche Seite dieser Verpflichtung.

Sofern die Grenzen dieser Verpflichtung demnach im folgenden in Betracht gezogen werden, ist nur ihre privatrechtliche Funktion, die rein schuldrechtliche Seite maßgebend, die dann im wesentlichen nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts über die Schuldverhältnisse zu behandeln ist. Es findet somit auch der wichtigste Grundsatz des Schuldrechts, § 242 BGB., auf diese Verpflichtung Anwendung.

---

[185]) Fürst in LZ. 1910 Sp. 184.
[186]) Allgem. T. II, 1 S. 495.
[187]) Nipperdey a. a. O. S. 87.

VIII.

Es sollen nunmehr die Fälle klargestellt werden, in denen ein Zwang zum Abschluß eines Vertrages auf die Parteien nicht ausgeübt werden darf, und zwar sind zu unterscheiden:

1. Fälle, in denen trotz bestehender Verpflichtung zum Vertragsschluß die betroffene Partei diese Verpflichtung nicht zu erfüllen braucht. Dann kann schon aus diesem Grunde der Vertrag weder durch eine Verbindlicherklärung noch — da es sich hierbei wohl im allgemeinen um Einzelstreitigkeiten handeln wird — durch Klage auf Vertragsschluß erzwungen werden.
2. Fälle, in denen eine Verbindlicherklärung bei Gesamtstreitigkeiten nicht erfolgen kann, weil die gesetzlich erforderten Voraussetzungen hierfür nicht gegeben sind.

1. Es handelt sich deshalb zunächst um die Frage, wann ein Vertrag weder durch Klage auf Vertragsschluß zur Durchsetzung eines bestehenden Kontrahierungszwanges, dessen Erfüllung aber dem Betroffenen nicht zugemutet werden kann, noch durch eine Verbindlicherklärung auf Grund von Art. I § 6 SchlVO., um eine gesamtvertragliche Regelung durchzusetzen, erzwungen werden darf.

Ebenso wie für jede Schuldverpflichtung gilt auch für die Verpflichtung zum Vertragsschluß § 242 BGB.: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern". „Der Grundsatz des § 242 ist der Verpflichtung des unter Kontrahierungszwang Stehenden immanent. Er gilt auch, wenn ihn das einzelne Gesetz oder die einzelne VO. nicht zum Ausdruck gebracht hat"[188]).

Fordert der Begünstigte von dem Betroffenen demnach den Vertragsschluß, so ist der Betroffene als Schuldner zu dieser Leistung nicht verpflichtet, wenn sie über[189]) Treu

[188]) Nipperdey, Kontrahierungszwang S. 105.

[189]) Nipperdey, Kontrahierungszwang S. 104: „Ueberobligationsmäßige Schwierigkeiten zu überwinden, kann dem Schuldner nicht zugemutet werden. Der Schuldner ist von der Verpflichtung zur Leistung frei".

und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte hinausgeht; denn der Schuldner braucht nicht mehr zu leisten, als ihm in § 242 von Gesetzes wegen auferlegt ist. Selbst wenn er also die Leistung in Gestalt der zum Vertragsschluß erforderlichen Handlungen bewirken könnte, so ist er hierzu über den Rahmen des § 242 hinaus nicht verpflichtet. Es ist dies der von Nipperdey aufgestellte und in § 242 enthaltene Grundsatz der Nichtzumutbarkeit[190]). Voraussetzung für die Nichtzumutbarkeit ist aber immer, daß Leistung und Gegenleistung in starkem Mißverhältnis stehen; denn „nicht jede Verschiebung von Leistung und Gegenleistung begründet eine Nichtzumutbarkeit. Nur eine sehr erhebliche auffällige Wertverschiebung von Leistung und Gegenleistung, die über das Maß hinausgeht, das verständige Normalmenschen als erträglich empfinden und die nach objektivem Maßstab festzustellen ist, kommt in Frage“[191]). Wie stark dies Mißverhältnis sein muß, um eine Nichtzumutbarkeit zu begründen, kann nur von Fall zu Fall beurteilt werden. Man kann „solche Ermessensfragen nicht einfach mit einer abstrakten Formel, einer mechanischen Zahlengrenze beantworten“[192]).

In erster Linie ist jedoch bei einem geschlossenen Vertrage an den sich aus ihm ergebenden Verpflichtungen festzuhalten. Es ist dies die von Nipperdey sogen. äußere Vertragstreue, die aber zur Vertragsuntreue werden kann, wenn sie sich nicht „mit der Wirklichkeit, mit der inneren Vertragstreue deckt“[193]); denn die „innere Vertragstreue“ besteht darin, daß jeder Kontrahent auch seinerseits verpflichtet ist, seinem Gegenkontrahenten, „wie es Sinn und Zweck des gegenseitigen Vertrages erheischt, ein annähernd ausreichendes Aequivalent für die Leistung zu gewähren“[194]).

Genau ebenso, wie dieser den Zwang begrenzende Grundsatz die Verpflichtung zum Vertragsschluß beherrscht, beherrscht er auch eine Verbindlicherklärung nach Art. I § 6

---

[190]) Nipperdey, Vertragstreue S. 12: „Unmöglich ist, was praktisch (nach den Erfahrungssätzen der praktischen Vernunft) nicht geschehen kann. „Nicht zumutbar“ ist, was praktisch geschehen kann, aber der Schuldner nicht zu leisten braucht“.

[191]) Nipperdey a. a. O. S. 25, 26.

[192]) Oertmann in JW. 1920 S. 477.

[193]) Nipperdey a. a. O. S. 22, 23.

[194]) Nipperdey a. a. O. S. 22.

SchlVO. In diesem Falle mußte er jedoch, da vor dem Antrag auf Verbindlicherklärung eine zum mindesten unbedingte Verpflichtung zum Vertragsschluß nicht besteht, ausdrücklich ausgesprochen werden; denn der in § 242 BGB. enthaltene Grundsatz der Nichtzumutbarkeit kann nur einer bereits bestehenden Verpflichtung immanent sein, braucht also nur da nicht zum Ausdruck gebracht werden, wo das Gesetz schon einen unbedingten Kontrahierungszwang geboten hat. Die Beschränkung für die Verbindlicherklärung ist deshalb auch in Art. I § 6, I SchlVO. ausdrücklich enthalten.

Die Interpretation wird aber ergeben, daß der Gesetzgeber sowohl in der im § 6 SchlVO. enthaltenen Begrenzung für die Verbindlicherklärung als auch in der im § 242 BGB. enthaltenen Begrenzung für eine Verpflichtung von den gleichen leitenden rechtspolitischen Gesichtspunkten ausgegangen ist, nämlich die einander gegenüberstehenden Parteiinteressen zum Ausgleich zu bringen, daß also im Hinblick auf diesen Grundsatz kein Unterschied sein wird zwischen unter Kontrahierungszwang zu schließenden und nach § 6 SchlVO. für verbindlich zu erklärenden Verträgen.

Es ergibt sich nämlich, daß ein Schiedsspruch nach Art. I § 6, I SchlVO. i. Verb. m. § 25 AVO. 2 zur SchlVO. „nur" dann für verbindlich erklärt werden „kann", wenn

1. die in ihm getroffene Regelung bei gerechter Abwägung der Interessen beider Teile — also nicht nur desjenigen der durch die Verbindlicherklärung begünstigt werden soll — der Billigkeit entspricht, und
2. seine Durchführung aus wirtschaftlichen und sozialen Gründen erforderlich ist.

Der Schiedsspruch kann also gar nicht für verbindlich erklärt werden, wenn dies nicht der Fall ist. Wenn nach der VO. vom 12. Februar 20 der Demobilmachhungskommissar einen Schiedsspruch für verbindlich erklärte, so steht Nipperdey[195]) hierbei auf dem Standpunkt: „Das kann er tun, er muß es nicht tun. Er darf es nicht tun, wenn er den Schiedsspruch für verfehlt hält". Dieses „nicht dürfen" wird für die

[195]) Nipperdey, Kontrahierungszwang S. 121 Anm. 2.

SchlVO. auf Grund des Wortlautes des § 25, I AVO. 2 zur SchlVO. („Ein Schiedsspruch kann nur unter den im Art. I § 6 SchlVO. vorgeschriebenen Voraussetzungen für verbindlich erklärt werden") zu einem „nicht können". Er kann also gar nicht für verbindlich erklärt werden, wenn die Voraussetzungen des § 6, I SchlVO. nicht vorliegen. Wird er trotzdem für verbindlich erklärt, so ist eine solche Verbindlicherklärung nichtig, weil sie der zwingenden Vorschrift des § 25, I AVO. 2 zur SchlVO. widerspricht und unterliegt insoweit auch der Nachprüfung durch die Zivilgerichte[196]).

Der Grundsatz, daß der Schuldner die Leistung nur[197]) so zu bewirken hat, „wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern" könnte ebenso gut lauten, „wie es bei gerechter Abwägung der Interessen beider Teile der Billigkeit entspricht"; denn ebenso wie in § 242 BGB. werden in den zu 1 genannten Voraussetzungen für eine Verbindlicherklärung die privaten Interessen berücksichtigt, während die Voraussetzungen zu 2 für die Verbindlicherklärung diese auch von dem Vorliegen öffentlichen Interesses abhängig machen[198]).

Es soll damit zum Ausdruck gebracht werden:

a) daß es nichts anderes als „eine gerechte Abwägung der Interessen beider Teile" ist, wenn der Schuldner die Leistung, zu der er verpflichtet ist, „nur" so zu bewirken hat, wie Treu und Glauben es erfordern;

b) daß „unter" Billigkeitserwägungen, mit denen diese gerechte Abwägung betrachtet werden muß, auch die „Berücksichtigung der Verkehrssitte" fällt.

Zunächst geht die gerechte Interessenabwägung beider Teile auch aus dem Grundsatz der Nichtzumutbarkeit hervor, der auf die Erfüllung einer bestehenden Verpflichtung Anwendung findet und sich, wie oben dargelegt, wiederum aus § 242 BGB. ergibt. Die Entscheidung, ob eine an sich bestehende Verpflichtung zum Vertragsschluß auch zu erfüllen ist, hat nämlich zu erfolgen „auf Grund einer wohl verstande-

[196]) Wölbing und Riese, SchlVO. zu § 5 Anm. 22.
[197]) Nipperdey, Kontrahierungszwang S. 103.
[198]) Goldbaum, SchlVO. zu § 6 Anm. 5.

nen Interessenabwägung. Sie darf nicht einseitig zugunsten des Schuldners gefällt werden“[199]). Gerade die Ansicht, daß Treu und Glauben „nicht nur zugunsten des Gläubigers, sondern auch zugunsten des Schuldners gilt“[200]) ergibt, daß dieser aus § 242 abgeleitete Grundsatz mit der gerechten Interessenabwägung beider Teile nach Art. I § 6 SchlVO. identisch ist.

Sodann kann aber der Billigkeit auch nur eine Anordnung entsprechen, die die Verkehrssitte berücksichtigt; der Begriff der Billigkeit ist ein weiterer als der der Verkehrssitte. Zu Billigkeitserwägungen gehört es deshalb auch, daß sie die Verkehrssitte berücksichtigen. Es ist also Art. I § 6, I SchlVO. nur eine etwas erweiterte Form des § 242 BGB.

Wir sehen also, daß ebensowenig wie eine Verpflichtung bestehen bleibt, einen Vertrag zu schließen, wenn er den Parteien auf Grund von § 242 BGB. nicht mehr zugemutet werden kann, auch nur eine Möglichkeit besteht, einen Vertrag durch Verbindlicherklärung zu diktieren, wenn die Voraussetzung des Art. I § 6 SchlVO. nicht vorliegt.

2. Es wird sich nun um die Frage handeln, unter welchen Umständen die Verpflichtungen aus einem bereits abgeschlossenen Vertrage, für den ein Kontrahierungszwang bestand oder der für verbindlich erklärt worden ist, nicht mehr erfüllt zu werden braucht, ohne daß der TV. bereits abgelaufen wäre. Sowohl die Gesamtvereinbarungen als auch die Einzelarbeitsverträge stellen sogen. Dauerschuldverhältnisse[201]) dar, bei denen es, besonders unter wirtschaftlich schwierigen Verhältnissen sehr wohl möglich ist, daß sich im Laufe der Zeit infolge von unvorhergesehenen Ereignissen Umstände ergeben, die es als unbillig erscheinen lassen, wenn von dem Schuldner die Erfüllung seiner Verpflichtung noch weiterhin verlangt würde. Auf Grund der aus § 242 zu entnehmenden clausula rebus sic stantibus steht dem Schuldner in vielen derartigen Fällen ein außerordentliches Rücktrittsrecht zu. Ist die clausula nun auch auf Zwangsverträge anwendbar?

---

[199]) Nipperdey a. a. O. S. 108.

[200]) Ebenso Oertmann, Schuldverhältnisse Vorbem. zu § 275, 3 a b: „In Betracht kommen solche Umstände, derentwegen die Leistung nur unter Aufopferung oder außergewöhnlicher Gefährdung eines im Sinne der Rechtsordnung gegenüber dem Gläubigerinteresse höherwertigen Schuldnerinteresses vollzogen werden könnte“.

[201]) Nipperdey a. a. O. S. 128.

Man wird hierbei gerade in diesen unter Zwang abgeschlossenen Verträgen den § 242 BGB., aus dem sowohl die Grundsätze der clausula als auch der Nichtzumutbarkeit abgeleitet sind, möglichst extensiv zu interpretieren haben, und zwar deshalb, weil ein Schuldner, wenn er sich freiwillig gebunden hat, auch für die von ihm übernommenen Verpflichtungen bis zum Aeußersten einzustehen hat. Schließt er dagegen den Vertrag nur, weil er unter Zwang steht, oder ist er ihm diktiert worden, so kann ihm die vertragliche Bindung nur solange zugemutet werden, wie die Erfüllung des Vertrages durch veränderte wirtschaftliche Verhältnisse für ihn keine unbillige Erschwerung bedeutet[202]). Die clausula ist m. E. nicht, wie Nipperdey[203]) ausführt, „nur eine Ausdrucksform für das in § 242 enthaltene Prinzip der Nichtzumutbarkeit". Vielmehr sind die Anforderungen für die Anwendbarkeit der clausula bei weitem strenger als die, welche das Vorliegen einer Nichtzumutbarkeit begründen. Die Grundsätze der clausula sind fast gar nicht, d. h. nur in „seltenen Ausnahmefällen"[204]) auf Zwangsverträge anwendbar — nämlich in den Fällen, in denen dem Schuldner ein außerordentliches Rücktrittsrecht auf Grund der clausula unter allen Umständen gegeben sein würde, also auch dann, wenn der Vertrag nicht unter Zwang abgeschlossen wäre.

Das, was Nipperdey[205]) unter Anwendung des Grundsatzes der clausula in erweitertem Umfange versteht, ist nichts anderes als das mit der clausula nicht identische Prinzip der Nichtzumutbarkeit. Die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage[206]) lassen sich aber auf eine durch Verbindlicherklärung zustande gekommene Gesamtvereinbarung ebenfalls nicht anwenden, weil hierbei die Vorstellung

---

[202]) Nipperdey a. a. O. S. 140: „Eine Nichtzumutbarkeit, die erst nach Vertragsschluß eintritt, kann dagegen in dem unter Kontrahierungszwang abgeschlossenen oder diktierten Vertrag unter Umständen eher bejaht werden als in frei kontrahierten Verträgen".

[203]) Nipperdey a. a. O. S. 140.

[204]) Kaskel, Neuerungen S. 27: „Solange ein TV. läuft und auch nur die eine Partei an ihm festhält, kann sich die andere Partei nicht einseitig von ihm lossagen, sofern er nicht etwa wegen wesentlicher Veränderungen der Verhältnisse auf Grund der cl. r. s. st. ein außerordentliches Rücktrittsrecht zusteht, was nur in seltenen Ausnahmefällen der Fall sein wird".

[205]) Nipperdey a. a. O. S. 140.

[206]) Vgl. Oertmann in AR. 24 Sp. 167/68.

der nach Art. I § 6, I SchlVO. erforderlichen Grundlage für die Verbindlicherklärung von der hierzu berufenen amtlichen Stelle ausging, die die Verbindlicherklärung ausgesprochen hat, den Parteien also ein Vertrag diktiert worden ist, für dessen Grundlage ihre Vorstellungen gar nicht maßgebend waren.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß die Grundsätze der clausula und der Geschäftsgrundlage nur für in jeder Hinsicht freiwillig abgeschlossene Verträge anwendbar sind; dagegen sind die sogen. Zwangsverträge, und zwar sowohl die durch den Vertragsschluß resp. eine Verbindlicherklärung entstehenden Verpflichtungen als auch die Verpflichtung zum Abschluß eines solchen Vertrages selbst, von den Grundsätzen der Nichtzumutbarkeit begrenzt.

Es bleibt noch übrig auf die Streitfrage einzugehen, ob der Eintritt einer Nichtzumutbarkeit — hinsichtlich einzelner Verpflichtungen aus einem geschlossenen Vertrage — die Aufhebung des ganzen Vertrages nach sich zieht oder ob eine Abänderung dieses bereits geschlossenen Vertrages dahin möglich ist, daß nur die nicht zumutbaren Verpflichtungen abgeändert werden, während der Vertrag im übrigen aufrecht erhalten bleibt. Eine solche Abänderung wird zumeist in der Weise geschehen, daß nicht die Verpflichtung als solche geändert wird, sondern die ihr entsprechende Gegenleistung erhöht wird. In diesen Fällen wird man dem Gläubiger ein außerordentliches Rücktrittsrecht zusprechen können, und zwar sowohl, wenn seine Gegenleistung erhöht wird, als auch, wenn die Verpflichtung des Schuldners vermindert wird. Diese Ansicht vertritt Nipperdey[207]), daß nämlich „das geltende Recht nicht dazu zwingt, entweder den Vertrag aufrechtzuerhalten, wie er geschlossen ist, oder ihn ganz aufzuheben"; im Gegensatz zu Staff[208]) und Hueck[209]), die auch, wenn nur einzelne Bestimmungen des Vertrages nicht zumutbar und deshalb abänderungsbedürftig sind, die Aufhebung des ganzen Vertrages für rechtlich erforderlich halten.

---

[207]) Nipperdey a. a. O. S. 142.
[208]) Staff in DJZ. 1920 S. 13.
[209]) Hueck in JW. 1920 S. 489.

Lebenslauf.

Ich bin am 2. 10. 1901 als Sohn des Kaufmanns Walter Blumenthal und seiner Ehefrau Lilli, geb. Pincus, in Berlin geboren. Ostern 1921 erhielt ich am Dorotheenstädtischen Realgymnasium zu Berlin das Zeugnis der Reife und studierte dann je 2 Semester an den Universitäten Berlin, München und Göttingen.

Am 31. 5. 24 bestand ich am Oberlandesgericht Celle die erste juristische Staatsprüfung und am 13. 7. 25 in Göttingen die mündliche Doktorprüfung. Zur Zeit bin ich als Referendar beim Landgericht III in Berlin beschäftigt.